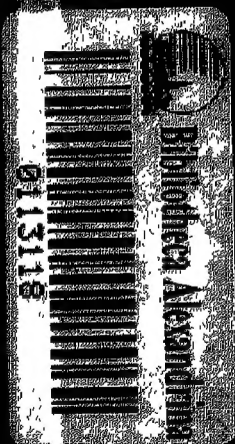


كتاب المنقح شرح موطأ الإمام مالك بن أنس

القاضي أبو الوليد الطحاوي المنقح

الجزءان الثاني والثالث



﴿ الجزء الخامس من ﴾

كِتَابُ

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث

الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة

المالكية المولود سنة ٥٠٣ هـ المتوفى سنة ٩٩٤ هـ

رحمه الله ورضي عنه

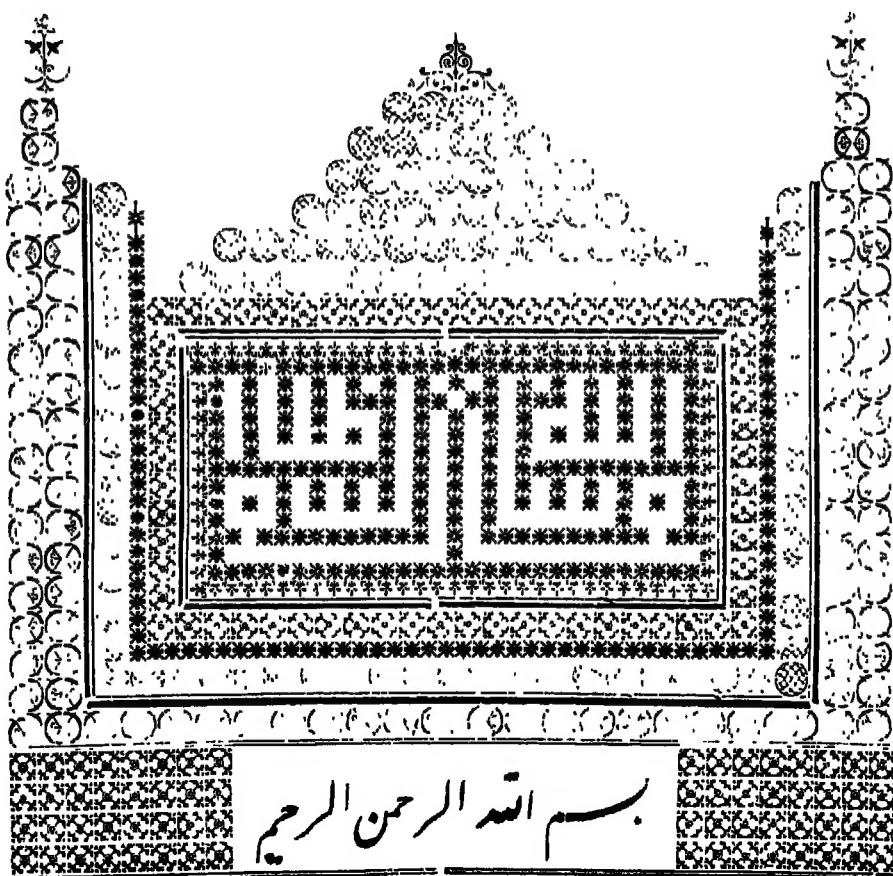
د الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ

مطبعة البغدادية بحار محافضة تبصر

الطبعة الثانية

دار الكتاب الاسلامي

القاهرة



﴿ بيع الطعام بالطعام لافضل بينهما ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال فني علف جمار سعد بن أبي وقاص فقال لغلामه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الا مثله ﴾ مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أنه أخبره أن عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث فني علف دابته فقال لغلामه خذ من حنطة أهلك طعما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الا مثله ﴾ مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد عن ابن معيقيب الدوسي مثل ذلك قال مالك وهو الأمر عندنا ﴿ ش قوله رضي الله عنه خذ من حنطة أهلك يحتمل أن يريد به أهل الغلام إذا كانوا قوتهم من عند سعد بن أبي وقاص اما لأنهم رقيق له أو لأنهم ممن ينفق عليهم غلامه على ما يجب عليه أو على ما جرت به العادة فأمره أن يأخذ منها على وجه الاقتراض حتى يعيد عليه مثل ذلك ويحتمل أن يريد بأهله أهل سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه وهم موالى نفقته ووصفهم بأنهم أهل للغلام بمعنى أنهم ممن يسعى عليهم وينضوي اليهم

(فصل) وقوله فابتع به شعيرا يقتضى جواز بيع الحنطة بالشعير وأنه ان كان حقيقة البديل وهو أخص به الآن اسم البيع ينطلق عليه وقوله ولا تأخذ الا مثله يريد المثل في المقدار لأن المماثلة في الصفات محال في القمح والشعير فلم يبق الا المماثلة في القدر ونهيه عن أن لا يأخذ الا مثله دليل على تحريم التفاصل فيه عندهم لأنه لا خلاف أن الحنطة أفضل من الشعير وأنه لو جاز ذلك لوجدوا بالحنطة من الشعير أفضل من مكيلتها فلم يذكر ذلك لأنه ممنوع عندهم وهذا يقتضى أن الحنطة

﴿ بيع الطعام بالطعام لافضل بينهما ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك
 أنه بلغه أن سليمان بن يسار
 قال فني علف جمار سعد
 ابن أبي وقاص فقال
 لغلामه خذ من حنطة أهلك
 فابتع بها شعيرا ولا تأخذ
 الا مثله * وحدثني عن
 مالك عن نافع عن سليمان
 ابن يسار أنه أخبره أن
 عبد الرحمن بن الاسود
 ابن عبد يغوث فني علف
 دابته فقال لغلामه خذ
 من حنطة أهلك طعما
 فابتع بها شعيرا ولا تأخذ
 الا مثله * وحدثني عن
 مالك أنه بلغه عن القاسم
 ابن محمد عن ابن معيقيب
 الدوسي مثل ذلك * قال
 مالك وهو الأمر عندنا

والشعير جنس واحد لا يجوز التفاضل بينهما وكذلك السلث عند مالك هو من جنسهما وقال أبو حنيفة والشافعي هي أجناس يجوز التفاضل فيها والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما قدمناه في كتاب الزكاة من الدليل على أنها جنس واحد واذا ثبت أنها جنس واحد حرم فيها التفاضل ودليلنا أيضا أنه مقتات تساوت منفعتة فوجب أن يحرم فيه التفاضل كما لو كان برا كله أو شـعيرا كله وقد اختلف أصحابنا في العلس وقد تقدم ذكره في الزكاة (مسئلة) وأما الذرة والدخن والارز فالمشهور من المذهب أنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وروى زيد بن بشر عن عبد الله بن وهب أنه قال الذرة والدخن والارز جنس واحد لا يجوز التفاضل في شيء من ذلك وبه قال الليث وجه القول الأول انفصال بعضها من بعض في المنبت والمحدد ووجه ثان وهو اختصاص بعض البلاد باتخاذ بعضها دون بعض وذلك يدل على اختلاف منافعها وأن بعضها لا يستعمل الى بعض وإنما يستدل على أن العينين من جنس واحد به ومالاتخاذهما كالشعير والحنطة واستحالة أحدهما الى الآخر كالحنطة والسلث وجه الرواية الثانية تقارب المنافع المقصودة منها (مسئلة) وأما القطنية فاختلف قول مالك فيها مرة قال أنها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها ومرة قال هي أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وبه قال ابن القاسم وابن وهب والليث وهو الاظهر عندي لاختلافها في الصورة والمنافع وعدم استحالة بعضها الى بعض واختصاص بعض البلاد ببعضها دون بعض

(فصل) وقول عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث خذ من حنطة أهلك طعما ما يقتضي أن مطلق اسم الطعام عندهم كان يقتضي الحنطة وأتى بذلك بعد ذكر الطعام لتغاير الاسماء وقوله وقول سعد وقول معيقب رضي الله عنه ولا تأخذا الا مثله يقتضي النهي عن التفاضل بين الحنطة والشعير ولا يعلم لهما في ذلك مخالف من الصحابة الا ما روى عن عبادة بن الصامت حديثا مرفوعا وليس بالثابت مع ما يحتمل من التأويل والله أعلم وأحكم ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شيء من الطعام كله الا اذا كان يباع من ذلك الاجل لم يصرح وكان حراما ولا شيء من الادم كلها الا اذا كان يباع من ذلك كما قال انه لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه الا اذا كان يباع من ذلك أن هذا مطعوم فلم يجز فيه التفرق قبل القبض أصل ذلك الجنس الواحد فان قيل لم اخص تحريم التفاضل بالمقتات وكان تحريم تأخير القبض في جميع المطعوم فالجواب أن تأخير القبض أوسع بابا في المنع من التفاضل لأن تحريم التفاضل يختص بالجنس الواحد وتأخير القبض يتعلق بالجنسين ولذلك جاز التفاضل بين الذهب والفضة ولم يجز فيهما التفرق قبل القبض وكذلك المنع من البيع قبل الاستيفاء أعم من تحريم التفاضل وذلك لا يجوز عند الشافعي في مبيع جلة ولا يجوز عند أبي حنيفة فيما ينقل ويحول وان كان عندهما مما يجوز فيه التفاضل ص قال مالك ولا يباع شيء من الطعام والادم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع بمدى حنطة ولا بمدى تمر بمدى زبيب ولا بمدى زبيب ولا بمدى زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والادم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شيء من ذلك الفضل ولا يحل الامثلة بمثل يدا بيد ص وهذا كما قال ان ما كان شيئا واحدا من الطعام يريد به الجنس الواحد فانه لا يجوز التفاضل فيه وفي هذا بابان أحدهما في تبيين معنى الجنس والثاني في تبيين معنى المائلة * فأما الاول فان الجنس تارة يكون جنسا منفردا من الاصل يفارق غيره من

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شيء من الطعام كله الا اذا كان يباع من ذلك الاجل لم يصرح وكان حراما ولا شيء من الادم كلها الا اذا كان يباع من ذلك كما قال مالك ولا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه الا اذا كان يباع من ذلك أن هذا مطعوم فلم يجز فيه التفرق قبل القبض أصل ذلك الجنس الواحد فان قيل لم اخص تحريم التفاضل بالمقتات وكان تحريم تأخير القبض في جميع المطعوم فالجواب أن تأخير القبض أوسع بابا في المنع من التفاضل لأن تحريم التفاضل يختص بالجنس الواحد وتأخير القبض يتعلق بالجنسين ولذلك جاز التفاضل بين الذهب والفضة ولم يجز فيهما التفرق قبل القبض وكذلك المنع من البيع قبل الاستيفاء أعم من تحريم التفاضل وذلك لا يجوز عند الشافعي في مبيع جلة ولا يجوز عند أبي حنيفة فيما ينقل ويحول وان كان عندهما مما يجوز فيه التفاضل ص قال مالك ولا يباع شيء من الطعام والادم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع بمدى حنطة ولا بمدى تمر بمدى زبيب ولا بمدى زبيب ولا بمدى زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والادم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شيء من ذلك الفضل ولا يحل الامثلة بمثل يدا بيد ص وهذا كما قال ان ما كان شيئا واحدا من الطعام يريد به الجنس الواحد فانه لا يجوز التفاضل فيه وفي هذا بابان أحدهما في تبيين معنى الجنس والثاني في تبيين معنى المائلة * فأما الاول فان الجنس تارة يكون جنسا منفردا من الاصل يفارق غيره من

الاجناس بنفسه كالتمر والعنب ونارة يكون جنسا بالصناعة كالخبز والخل الذي لا يفارق أصله ويتغير عن جنسه بالصناعة والعمل فأما ما يكون جنسا بنفسه كالتمر على اختلاف أنواعه فإنه جنس واحد والتين كله جنس واحد حتى ابن المواز أنه لا يجوز التفاضل فيه وان كان منه ما يبيس ومنه ما لا يبيس فان حكم جميعه حكم غالبه وهو انه يبيس فلا يجوز فيه التفاضل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي أنه جنس واحد على اختلاف أنواعه أبيضه وأسوده والعنب كله نوع واحد وان كان منه ما يزبب وما لا يزبب فإنه لا يجوز التفاضل بين هذين النوعين ولا بين سائر أنواعه وزيتون الشام وزيتون مصر نوع واحد لا يجوز فيه التفاضل وان كان زيتون مصر لازيت فيه وزيتون الشام فيه الزيت ولبن الضأن والماعز والبقرة والابل جنس لا يجوز فيه التفاضل وان كان لبن الابل لازب فيه ولبن سائر الانعام فيه الزبد والانيسون والشمار جنس واحد وكذلك الكمونان جنس واحد حتى ذلك الشيخ أبو محمد عن ابن المواز عن ابن القاسم والأظهر عندى اذا قلنا انها من الطعام أن تكون أجناسا مختلفة لا اختلاف منافعها وتباين الاغراض فيها وانها لا تتمازج في منبت ولا تحصد ولا يجزى بعضها عن بعض في شئ ولا تتقارب في صورة وانما يجمعها اسم الكمون وليس بظاهر في الكمون الاسود لأن اسم الشونيز أظهر وأكثر استعمالا (مسئلة) فأما الفلفل والكرأويأوحب الكزبرة والقرفة والسنبل والقرطم والخردل فأجناس مختلفة حكاه ابن المواز عن أصبغ وحكاه في التوابل عن مالك والثوم والبصل جنسان مختلفان قاله ابن حبيب ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وأما تغير الجنس بالصناعة فعلى ضربين أحدهما صناعة تخرج المصنوع عن جنس أصله والثاني صناعة تجمع بينه وبين ما ليس من أصله فأما الاول فإنه على قسمين قسم يكون بالنار وقسم بغير نار فأما ما يكون بالنار فإنه على وجهين أحدهما أن تنفرد الصناعة بتأثير النار دون اضافة شئ اليه فما كان منه لا ينقص عبرة المصنوع فيها جرت عادته أن يعبر به من كيل أو وزن كقلى الخنطة والحص والفول وسائر ما يقلى من الحبوب فإنها لا ينقص كيل المغلى وهو مما يعبر به فهذا يغير الجنس لأن عمل النار كالامر الثابت فيه والمعنى المضاف اليه بخلاف شئ اللحم اللحم وطبخه فإنه ينقص من عين المشوى على وجه التخفيف واذهاب اجزاء رطوبته كزبيب العنب وتبييس التمر والتين فلا تغير الجنس (مسئلة) والوجه الثاني أن تكون الصناعة بالنار يقرن بهاماتم الصناعة به من ملح وازار وزيت وخل ومرق وغير ذلك مما انضاف اليه منه ما تكون النهاية المعتادة من عمله وسمى صناعة كالازار والمرقة في طبخ اللحم والماء والملح في الخبز فهذا يغير الجنس لمعنى واحد وهو تغيره بالنار وبما يضاف اليه في الأغلب في الغالب من نهاية عمله فأما الخبز فلو جهين أحدهما أن الماء والملح هو النهاية من عمله في الأغلب والوجه الثاني ان النار لا تؤثر فيه نقصا من وزنه دقيقا وأما طبخ اللحم بالماء والملح خاصة فإنه لا يغير الجنس لانه يؤثر فيه نقصا وليس بالغاية المعتادة من صناعة فلم تكن صناعة فيه ولا جنسا مخصوصا منه (فرع) واختلاف ما يطبخ به ليس باختلاف جنس فيه كالقلية بالخل والقلية بالمرق والقلية بالعسل والقلية بالبن كل ذلك جنس واحد لا يختلف جنسه لاختلاف ما قلى به لان المعتبر هو اللحم (مسئلة) وأما القسم الذي يكون تغيره بغير نار مما يتغير بطول المدة وينتقل الى قلى الطعام الثابت له بنهاية النضج كخلل العصير وأما اعتبار طول المدة فلاننا نأمر اعى في الجنس المنافع والمقاصد فاذا بيع العصير بالعنب وهو مما يمكن أن يصير

عصير من وقته أو في مدة يسيرة فالمقصود من العنب العصير في دخله المزبنة والتفاضل فيما لا يحل
التفاضل فيه وإذا بيع العنب بالخل والخل لا يتأتى من العنب إلا بعد مدة طويلة فليس بمقصود من
العنب كالأبقصداخل بشرء التمر ولا يقصد التمر بشرء الخل ويجوز التفاضل فيما لا يحل بعد تغير
أحدهما إلى الآخر وأما اعتبار الطعام الثابت بنهاية النضج فلا نه غاية الثمرة والمطلوب منها فلا يخرجها
وجوده عن جنسها لأنه من تمام جنسها والمحقق لها فيه وأما ما ينتقل إليه بعد ذلك مما هو ضده
كالخوضنة والتخلل في العصير فإنه مغير للجنس لأنه ليس من جنس العنب والتمر بسبيل بل يمنعه
أن يستعمل على الوجه الذي يستعمل عليه مع وجود طعم للأصل ويحدث فيه منفعة غيرها وإنما
نص مالك على خل التمر ثم قاس ابن القاسم عليه خل العنب بالعنب فجوزوه روى محمد عنه أنه قال
لا أدري إن كان يطول كالتمر فلا بأس به فهذا يدل على تعلقه في هذا الوجه بالطول دون الطعم وقال
المغيرة في المدينة لا يحل خل التمر بالتمر ولا خل العنب بالعنب ولا بأس بخل التمر بالعنب وخل العنب
بالتمر فلم يجعل لغير الطعم صناعة تغير الجنس وروى أبو زيد بن إبراهيم عن ابن الماجشون أنما يجوز
ذلك في اليسير ولا يجوز في الكثير للزبنة وكذلك الدقيق بالقمح (فرع) فإذا علمنا بالطول
فلا يصح خل التمر بنبيذه متفاضلا واه في العتبية يعي عن ابن القاسم وعلل بتقارب المنافع وعلله
أراد بتقارب انتقائها والاختلاف في الأغراض وأغراضها متباينة وكذلك لا يجوز خل التمر بنبيذ الزبيب وأما إذا
علمنا بما تقدم من الطعم واختلاف الأغراض فإنه يجوز بيع الخل بالنبيذ متفاضلا لما قدمناه
وقدر روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية لا بأس بالفقاع بالقمح وهذا لا يعلم فيه التساوى وإنما
يخرج عن طعم الأصل على هذا الوجه بتغير الجنس وليس فيه غير تغير الطعم (مسألة) وأما
الضرب الثاني في الصناعة التي تجمع بين الشيء وبين ما ليس من أجناسه في الأصل فهو أن تكون
الصناعة تغير الأجناس وتصيرها جنسا واحدا لاختلاف منافع أصولها واتفاق الأغراض فيما يخرجها
إليه الصناعة منها كخل التمر وخل العنب وخل العسل فهذه أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وخلها
كلها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه زاد ابن القاسم في المدينة وكذلك كل خل اختلفت أصنافه
أو لم تختلف وقاله ابن نافع قال عيسى بن دينار هذه الآخرة خطأ ولذلك قلنا في الأبل والبقر والغنم
إنها أجناس مختلفة لاختلاف الأغراض فيها وإن لحومها وألبانها جنس واحد لاتفاق الأغراض فيها
(مسألة) وأما نبيذ التمر ونبيذ العنب ففي كتاب أبي الفرج منها صنفان وفي المدونة عن مالك أنها
جنس واحد ووجه الرواية الأولى أنه لما كان التمر والعنب صنفين مختلفين والابتداء ليس بصناعة
تغير الجنس وجب أن يكون نبيذ أحدهما من غير جنس نبيذ الآخر لأنه يستحيل أن يكون نبيذ العنب
من جنس نبيذ التمر ونبيذ التمر من جنس نبيذ العنب ومع ذلك فيكون العنب من غير جنس التمر
ووجه الرواية الثانية تساوى النبيذ في الاسم والصورة والمنفعة لأنه كان يجب على هذا أن يكون
الابتداء صناعة وقد تقدم رواية أبي زيد عن ابن القاسم بجوز الفقاع بالقمح وهذا يقتضي كون
الابتداء صناعة والله أعلم (مسألة) وأما الخبر فإنه من القمح والشعير والسلت جنس واحد وقال
أشهب في كتاب محمد في خبر القمح والشعير والسلت والأرز والذرة والدخن أنه صنف واحد لا يجوز
فيه التفاضل وأما خبر القطنية ففي كتاب محمد عن ابن القاسم أن ذلك أصناف مختلفة وحكى عن
أشهب أنه صنف واحد وجه قول ابن القاسم أن الخبر ليس بمعتاد فيها وإنما المعتاد فيها التآدم بها ولذلك
قاربت ما يحتبز غالباً من الذرة والدخن والأرز ووجه قول أشهب أن هذه حبوب تتخذ خبزا فإذا

تقارب بت منافع خبرها وجب أن تكون جنسا واحدا كالذخن والذرة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويصح عندي أن نبنى القولين على اختلاف قول مالك في أصولهما من القطن هل هو جنس واحد أو أجناس مختلفة وقد قال ابن القاسم إن سويقهما جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه فالفرق بينه وبين خبرها أنها لا تتخذ خبرا غالبا وتتخذ سويقا غالبا وقال أشهب إن خبر القطنية جنس مخالف لخبر القمح والشعير والسلت والذرة والذخن والأرز والفرق بينهما أن هذه تتخذ خبرا غالبا وهذه لا تتخذ في الغالب خبرا (فرع) فإذا قلنا إن الخبر صنف يجوز التماثل فيه فكيف يكون التماثل فيه ذهب الجمهور من أصحابنا إن المراعى فيه تماثل الدقيق في الخبرين من أصل واحد وقوله أصبغ في هريسة القمح بالأرز المطبوخ وهذا عندي على الإطلاق غير ظاهر بل يجب أن يكون التماثل فيه بالوزن ويعتبر بنفسه دون أصله لأن الصنعة قد غيرته عن جنس أصله فكيف يعتبر بأصله وهو يجوز التفاضل بينه وبين أصله ولو جاز هذا المأجاز يبيع الرطب بالرطب لاختلافهما حال الادخار ولما جاز التمر بالتمر لاختلافهما حال الارطاب أولا لاختلافهما في الجفوف ولوجب أن لا يجوز بيع النبيذ بالنبيذ متساويا على قولنا بوجوب التساوي فيه لأنه لا يستطيع تحري تمر كل واحد منهما ولوجب مثل هذا في الخل بالخل واللحم المطبوخ باللحم المطبوخ (مسألة) وأما الطحن فليس بغير الجنس خلافا لعبد العزيز بن أبي سامة في قوله أنه يعتبر الجنس والدليل على صحة ما نقوله أن الطحن ليس فيه أكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يغير الجنس كفت الخبز (فرع) فإذا قلنا أنه ليس بغير الجنس فهل يجوز بيع الدقيق بالحنطة متساويا عن مالك في ذلك وإيتان أحدهما المنع والآخرى الإباحة اختلف أصحابنا في توجيه الروايتين فمنهم من قال إنهما قولان على الإطلاق وجه المنع أن الطحن ليس بجنس فوجب التماثل فيه بالكيل الذي يعتبر به وعلى تساويهما في الصفة ومن كونهما قححا أو دقيقا وأما إذا اختلفا لاختلافهما في عدم العلم بتساويهما حال تساويهما في الصفة ومن كونهما قححا أو دقيقا فإنه لا يجوز ذلك فيهما كالأزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج ووجه رواية الإباحة أن الكيل معنى يعتبر به التماثل فوجب أن لا يراعى فيه كثرة أجزاء المكيل وقلها كالتمر الصغير بالتمر الكبير كيلا ومن أصحابنا من قال إن الروايتين إنما هما لاختلاف الحاليتين فيجوز على وجهه ويمنع على وجهه واختلف القائلون بذلك في وجه الإباحة فقال بعضهم يجوز كيلا لا وزنا ولا تحري أو منهم من قال يجوز وزنا ولا يجوز كيلا ووجه اعتبار وزن المكيل أن التماثل في الكيل لا يصح إلا بذلك فإذا وصل إلى التماثل وجب أن يراعى والله أعلم وأحكم ووجه اعتبار الوزن أن المعنى المبيح لبيع المقتات بجنسه التماثل فإذا تعدر مقداره انتقل إلى غيره كالتمر بالتمر المكمل

(الباب الثاني في ما يقع التماثل به في المقادير)

أما ما يقع التماثل به في المقادير فإنه على ضربين أحدهما أن يكون له مقدار في الشرع والثاني أن لا يكون له مقدار في الشرع فاما ما كان له مقدار مشروع فكالكيل في الحبوب لأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الأوسق في زكاة التمر وحكم الحبوب حكمها في اعتبار نصب الزكاة وكان الكيل مشروعا فيها وكذلك شرع في إخراج زكاة الفطر ومشرع في إخراج فدية الأذى فلا يجوز على هذا شيء من الحبوب بجنسه بغير الكيل لأن التماثل يعدم (مسألة) وأما ما ليس له مقدار في الشرع فإنه على ضربين أحدهما أن يكون له مقدار معتاد من الكيل أو الوزن والثاني أن لا يكون له مقدار من أحدهما أما ما له مقدار معتاد منها فهو ينقسم قسمين أحدهما أن لا يختلف مقداره باختلاف البلاد والثاني أن يختلف باختلافها فاما ما لا يختلف فثل اللحم الذي يعتبر بالوزن في كل

* قال مالك وإذا اختلف ما يكال أو وزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد إذا يدولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمن فإذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلا بأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك إذا يدولا فإن دخل في ذلك الأجل فلا يحل * قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر إذا يدولا وذلك أنه لا يشتري الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والأدم فبان اختلافه فلا بأس أن يشتري بعضه ببعض جزافا إذا يدولا فإن دخل في ذلك الأجل فلا يحل فيه وإنما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا وقال مالك وذلك أنك تشتري الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا أحلال لا بأس به * ش وهذا كما قال إن ما اختلفت منافعه والمقاصد منه فقبين ذلك فيه فهذا الذي يعبر عنه بأنهما جنسان مختلفان فلا بأس أن يؤخذ من أحدهما اثنان بواحد من الآخر وذلك كالحنطة والتمر فلا بأس بصاعين من أحدهما بصاع من الآخر وكذلك سائر الأجناس المختلفة وقوله فإن دخل ذلك الأجل فلا يحل يريد أنه وإن جاز فيه التفاضل بين الجنس من المطعوم فلا يجوز الأجل بينهما متساويين ولا متفاضلين لأن العلة في منع ذلك التفرق قبل القبض في المطعومين دون مراعاة جنس ولا مساواة (مسئلة) ومن اشترى من رجل ثوبا بقبض حنطة فدفن الحنطة فأتلفها ثم أقاله قبل قبض الثوب على أن يرده إليه مثلهما جاز وإنما راعى في ذلك المال أنه حنطة بحنطة إلى أجل لأن الغرض في مثل هذا يضعف والنهية تبعد ومثل هذا يجوز في القراض وإنما بلغه حكم الذرائع حيث يتيقن النية أو تقوى وكذلك لو باع منه قبض حنطة بدرهم إلى أجل فأقاله منه قبل الأجل أو بعده فرد إليه مثله جاز ولا يجوز أن يرده إليه من غير نوعه لأن ذلك طعام بطعام إلى أجل

بلد وكذلك الخبز عبرته الوزن على كل حال فهذا أيضا لا يجوز التساوي فيه بمقدار غيره فكذلك ما يعتبر بالكيل في كل بلد من الحبوب المقتاتة (مسئلة) فاما ما اختلف حكمه وتقديره باختلاف عادات البلاد فكذلك السمن واللبن والزيت والعسل الذي عادات بعض البلاد فيه الوزن وبعضها الكيل (مسئلة) وأما الضرب الثاني وهو ما لا يتقدر بكيل ولا وزن فكذلك البيض والجوز عند من يجري فيها الرأب ص * قال مالك وإذا اختلف ما يكال أو وزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد إذا يدولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة بصاعين من سمن فإذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلا بأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك إذا يدولا فإن دخل في ذلك الأجل فلا يحل قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر إذا يدولا وذلك أنه لا بأس أن يشتري الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والأدم فبان اختلافه فلا بأس أن يشتري بعضه ببعض جزافا إذا يدولا فإن دخل في ذلك الأجل فلا يحل فيه وإنما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا وقال مالك وذلك أنك تشتري الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا أحلال لا بأس به * ش وهذا كما قال إن ما اختلفت منافعه والمقاصد منه فقبين ذلك فيه فهذا الذي يعبر عنه بأنهما جنسان مختلفان فلا بأس أن يؤخذ من أحدهما اثنان بواحد من الآخر وذلك كالحنطة والتمر فلا بأس بصاعين من أحدهما بصاع من الآخر وكذلك سائر الأجناس المختلفة وقوله فإن دخل ذلك الأجل فلا يحل يريد أنه وإن جاز فيه التفاضل بين الجنس من المطعوم فلا يجوز الأجل بينهما متساويين ولا متفاضلين لأن العلة في منع ذلك التفرق قبل القبض في المطعومين دون مراعاة جنس ولا مساواة (مسئلة) ومن اشترى من رجل ثوبا بقبض حنطة فدفن الحنطة فأتلفها ثم أقاله قبل قبض الثوب على أن يرده إليه مثلهما جاز وإنما راعى في ذلك المال أنه حنطة بحنطة إلى أجل لأن الغرض في مثل هذا يضعف والنهية تبعد ومثل هذا يجوز في القراض وإنما بلغه حكم الذرائع حيث يتيقن النية أو تقوى وكذلك لو باع منه قبض حنطة بدرهم إلى أجل فأقاله منه قبل الأجل أو بعده فرد إليه مثله جاز ولا يجوز أن يرده إليه من غير نوعه لأن ذلك طعام بطعام إلى أجل

(فصل) وقوله لا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة وذلك فقيد بدين الصبرة بمجولة القدر فإذا كان العوضان مجهولين القدر لم يصح فيما يحرم فيه التفاضل لأن الجهل بالتساوي فيه كالعلم بالتفاضل لأنه عقد البيع على وجه لا يأمن التحريم فيه ومن شرط صحة العقد أن يعلم بإباحته فلا يجوز الجزأ في يسره ولا كثيره فحقى عجز عن كيله بطلت المبادلة بخلاف الذهب في الدنانير القائمة التي يجوز بدل الدينار والدينارين إذا كانا ناقصين بدينار أو دينارين وازنين لأن للدنانير عبرة غير الوزن وهو العدد فصح الرجوع إليه على وجه ما وأما الحنطة فلا عبرة لها غير الكيل فلا يجوز المبادلة فيها إلا به ولا يلزم على هذا التحريم فإنه لا يصح إلا فيما يصح فيه الوزن ومن جوزه في المكيل ففي قدره كيل (فصل) وقوله ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر إذا يدولا وجه ذلك أن التفاضل جائز بينهما وليس واحد منهما من جنس الآخر فالجهل بالتساوي فيما لا يمنع صحة البيع كالايمنة العلم بالتفاضل وليس هذا بمنزلة الجنس الواحد مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز بعضه ببعض جزافا مع تجوز التساوي والتفاضل لأن الجنس ليس لما اختلفت الأغراض فيها وتباين أمرهما لم تقصد المغالبة

في الكيل بينهما ولا قصد كل واحد منهما أن يكون مأخذاً من الكيل أكثر مما أعطى لأن له في ذلك غرضاً غير الغبن في القدر هو أئين منه وأظهر وهو مخالفة منفعة مأعطى لمنفعة مأخذ وإذا كانا من جنس واحد وتقاربا كان الأظهر أنه انما قصد كل واحد منهما غبن صاحبه في القدر وذلك من باب المخاطرة التي تمنع صحة البيع والمبادلة فاذا تفاوتت المقادير حتى تبين أن أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك بينهما لعدم معنى الغرر والمخاطرة بزيادة الكيل ونقصه

(فصل) وقوله وانما ذلك لا شرائه بالذهب أو الورق جزافاً بمعنى ان اشتراء الخنطة بالترجاف لما كان من جنسين مختلفين جائز كاشتراء الخنطة جزافاً بالذهب كان هذا لا خلافاً فيه فكذلك ما قسنا عليه ص قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافاً وكنم على المشتري كيلها فان ذلك لا يصلح فان أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كنمه كيله وغيره وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري ذلك فان المشتري ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ش قوله من صبر صبرة طعام فباعها جزافاً الصبرة من الطعام وغيره تباع على ضربين أحدهما أن تباع على الكيل مثل أن يقول بعثك هذه الصبرة على أن فيها عشرة أرادب بعشرة دنانير فهذا لا خلافاً في جوازه لانه انما باعه منها هذا المقدار كل اردب بدنانير فان وجد فيها أكثر من عشرة أرادب فالبيع لم يتناول منها الا عشرة أرادب وان وجد فيها تسعة أرادب كان له من الثمن بقدر ذلك والثاني أن يبيعها جزافاً على ما قال وهو أن يقول ابتعتك هذه الصبرة بعشرة دنانير ومعنى ذلك أن العشرة دنانير ثمن لجميعها وان البيع قد تناول جميعها ولم يبيع على قدر ما يعتبر به زيادتها عليه أو نقصها عنه وهذا جائز عند مالك ووجه ذلك أن هذا امرئ يتأتى فيه الخزر ويقل فيه الغرر ولا يظهر فيه القصد الى المخاطرة والمغاباة فجاز بيعه جزافاً * وقال القاضي أبو محمد يجوز الجزاف في كل مكيل كالخنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالخز والبض مما الغرض في مبلغه دون أعيانه ولا أحاده وأما ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود مما الغرض في أعيانه كالخليل والرقيق والثياب فلا يجوز فيه الجزاف لأن أحاده تحتاج الى أن تفرد بالنظر والمعرفة بحاله وسلامته من العيوب وقيته في نفسه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الأترج والبطيخ المختلف المقادير يجوز بيعه جزافاً ووجه ذلك عندي أن يكون الغرض منه المبلغ خاصة ولذلك يتأتى حزره وأما لو ختلف ثمن صغيره وكبيره لوجب على طريقهم أن لا يجوز ذلك فيه وأما ان علنا الجواز برؤية جميعه فهو جائز

(فصل) اذا ثبت ذلك فان لبيع الجزاف ثلاثة شروط وقد ذكرنا واحداً منها وهو أن يكون المبيع يتأتى فيه الخزر والثاني أن لا يعلم المتبايعان أن أحدهما ينفردهم بمقداره والثالث أن يكون من الكثرة بحيث يحق أمره ومبلغه على التحقيق فأما الشرط الأول فقد تقدم ذكره ويجب أن يكون ذلك مرئياً وأما الغائب الذي لم تتقدم رؤيته أو الثابت في الذمة فلا يتأتى حزره وقد فسره سحنون من قول ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أن الخزر لا يمكن الا بالنظر الى ما يجوز فلا يصلح الجزاف فيه ولذلك لا نصح من الأعمى شهادة فيه وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة الامداعة وقال سحنون مثله (مسئلة) وأما الشرط الثالث فانه معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوماً فيجب أن يكال أو يعرف والمبتاع فيه البائع فان انفرد أحدهما بمعرفة دون الآخر

* قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافاً وكنم على المشتري كيلها فان ذلك لا يصلح فان أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كنمه كيله وغيره وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري بذلك فان المشتري ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك

وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر فلا يجوز هذا العقد رواه القعنبى عن مالك خلافا لأبى حنيفة والشافعى والدليل على ما نقوله ما روى عبيد الله بن عمر عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وبيع الغرر ودليلنا من جهة المعنى انه باع جزافا ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه فلم يجز كما لو قال له أبيعك مل هذه الغرارة وهو يعلم كيلها (فرع) اذا ثبت ذلك فان انعقد البيع على هذا فان ابن حبيب روى عن مالك انه قال ينسخ ولا يلزم على هذا قول ابن القاسم فبين باع عبدا على الاباق ولم يبين مقداره ان البيع صحيح وله الرد بالعيب اذا تبين له منه التفاوت والفرق بينهما ان ذلك له مقدار يرجع اليه ويطالب به وليس له في مسئلته مقدار يرجع اليه ويعول المبتاع عليه ووجه آخر ان البيع في الجزاف على اللزوم والرضا بالخطر وكتان ما علم منه وليس كذلك في مسألة الاباق فانه لم يبين عليه بل المبتاع لم يسئل البائع عن قدر اباقه ولو بنى معه على مثل ذلك في اللزوم في جميع أنواع الاباق وكتان ما قد علم منه لكان بمنزلة الجزاف في فساد البيع (فرع) فان علم ذلك البيع وكم صاحبه فهو عيب يرد به المبتاع على البائع ان شاء والدليل على ذلك ان المشتري في حوزة عشرة أفقرة ولو علم بأنها ثمانية لما ابتاعه بذلك الثمن فاذا علم البائع بذلك فقد علم من عيب النقص ما لم يطع عليه المشتري فكان له رده عليه بذلك العيب فاذا استوى علمهما في ذلك كان بمنزلة أن يبيعه على البراءة فلا يكون له الرد بعيب لانه قد ائتمنه على ذلك ولا يمين عليه لانه ليس له مقدار ظاهر عول عليه وانما عول في بيع البراءة على الصحة فكانت له اليمين عليه لانه قد تساوى علمهما في عدم العيب (مسئلة) وهذا حكم ما جوز في بمقداره الذى هو أصل في اعتباره كالكيل في المكيل والوزن في الموزون اذا لم يكن له معنى يعتبر به غير ذلك فأما ما كان له معنيان يعتبر بهما فيبيع على أحدهما وجوز في الآخر مع علم أحد المتبايعين بمقداره فيه فان ذلك لا يرد به ولا يفسد به يبيع كالدرهم التى تعتبر بالوزن والعدد فيبعت في بلد تجزى به على الوجهين بأحدهما (مسئلة) وأما المعدود فان كانت مقاديره لاتفاوت بالصغر والكبر فحكمه حكم المكيل والموزون وأما ما تختلف مقاديره وتفاوت كالثقلاء والبطيخ والأترج فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط يبيعه ممن يعرف عدده جزافا وقال ابن المواز اذا عرف أحد المتبايعين عددهما أو غيره لم يجز بيعه جزافا ووجه الرواية الأولى ان الغرض في مبلغه دون عدده فاذا انفرد بمعرفة عدده فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه ووجه قول ابن المواز ان هذا انفرد بمعرفة ما يتقدر به المبيع في البيع فوجب أن لا يجوز كما لو انفرد بمعرفة كيل القمح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد يكون الجزاف صبرة في الارض ويكون اناء مملوءا كالعدل المملوء فقها والبيت المملوء تمرا فأما القسم الاول فلا خلاف في ثبوت حكم الجزاف له وأما القسم الثانى فهل يكون جزافا أو كيلا مجهولا اختلف أصحابنا في مسائل على ذلك فاذا قلنا انه من باب الجزاف فيجوز بيع العدل المملوء فقها والبيت المملوء تمرا اذا أمكن حزر المبيع وتقديره بمعرفة طول البيت وعرضه وارتفاعه وغلظ جدره وكذلك لو ابتاع منه سلة مملوءة عنباً أو تينا وأما ان ابتاع منه مل هذا العدل من القمح والعدل لا قمح فيه أو يملأه هذا البيت تمرا أو هذه القارورة ذهباً أو هذه السلة عنباً فان ذلك غير جائز على هذا القول لان هذا جزاف غير مرقى والجزاف يجب أن يكون مرئياً وقد قال ابن القاسم فممن اشترى من رجل قدر كيل هذه الصبرة من طعام لا يجوز وروى أبو بوزيد عنه جوازها في سلة التين والعنب أن يشتري منه مثلاً وفرق بينهما

وبين اعدال القمح بأن قال كما يجوز السلم في سلة التين ولا يجوز في سلة القمح فالرواية الأولى مبنية على أن هذا من باب الجزاف فلذلك لم يجز الأمر بها والرواية الثانية مبنية على أنه من باب الكيل المجهول فلذلك جاز في العنب لأنه ليس له في الكيل قدر معروف ولا يجوز في القمح لأن له في الكيل قدر معروف فالعدل المملوء من القمح وذلك على أحد وجهين إما على قولنا أنه صبرة فلا يجوز أن يبيعه ملء هذا العدل لأنه من باب الكيل المجهول وفيه القولان لابن القاسم على ما تقدم ولا خلاف على مذهب ابن القاسم أن من ابتاع طعاماً أو غيره بماله قدر بحيث للناس كيل معلوم بغير ذلك الكيل أنه لا يجوز وإنما يجوز ذلك عنده في التبن والعلف بحيث لا كيل للناس ووجه منعه القصد إلى الفرر للعدل عن المقادير المعروفة وابتاع صبرة غير مرئية (فرع) فان وقع فهل يفسخ أم لا قال أشهب لا يفسخ وقال غيره يفسخ وجه قول أشهب أن هذا غير مجهول القدر فلم يجز ففسخه أصل ذلك الصبرة ووجه إيجاب الفسخ منه صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر ومن جهة المعنى أنه يتعذر فيه الخزر ويكثر فيه الفرر فنع صحة البيع أصل ذلك الجزاف في الثياب (مسألة) وكل شيء له مقدار معروف فلا يجوز بيعه بغيره فلا يجوز بيع المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل لأنه إذا لم يجز بغير الكيل المعروف فبأن لا يجوز بغير الكيل أولى فأما بيع المكيل عدداً بما يمكن ذلك كالرطب فان مالكا يمنع منه ورواه أبو زيد عن ابن القاسم وقال ابن وهب لا بأس به إذا أجاز به صبرة بجميعه وقال ابن القاسم يجوز ذلك في اليسير الذي لا يمكن فيه الكيل ووجه قول مالك أنه اعتبر المبيع بما لا يتقدر به فوجب أن لا يصح كما لو بيع المكيل بالوزن ووجه ما قاله ابن القاسم أنه لما لم يتأت فيه الكيل خرج عن أن يكون مكيلاً

* قال مالك ولا خير في الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير إذا كان بعض ذلك أكبر من بعض فأما إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن

(فصل) وكذلك كل ما علم البائع كيمه وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري ذلك يريد مما يجوز فيه الجزاف ليسين أن المعلوم وحكمه في ذلك حكم المكيل فان علم عدده البائع فباعه جزافاً ولا يعلم المشتري بعلمه لذلك فان ذلك كالعيب الذي للمبتاع الرد به أو الرضا به ولا يفسد بذلك البيع ووجهه أن الذي يفسد البيع إنما هو معرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل فيقدم في ابتياعه على هذا الفرر وهذا معلوم في مسئلتنا

(فصل) وقوله ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك يريد عن كتمان علمه لما فيه من التدليس بما يوجب الخيار للبائع ولو أعلمه أنه قد علم بذلك لما جاز له أن يبيعه منه جزافاً وإنما كان يجوز له بيعه منه ومن غير بعد أن يعلمه بمقداره من الكيل في المكيل والوزن في الموزون والعدد في المعدود فيبيعه على ذلك ص **ج** قال مالك ولا خير في الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير إذا كان بعض ذلك أكثر من بعض فأما إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن **ش** وهذا كما قال أنه لا خير في قرص بقرصين عدداً ولا عظيم بصغير على الجزاف لأن التساوي معدوم فيهما وأما التحرى فيهما فإصح إذا تحرى تساويهما ووجه ذلك على الظاهر من المذهب أن يتحرى ما في كل واحد منهما من الدقيق الآن ظاهر هذا اللفظ يقتضي تحرى الخبز دون الدقيق لأنه قال فلا بأس بذلك وإن لم يوزن وهذا إنما يستعمل فيما يصح أن يوزن ويكون الموزون أبين في صحة العقد عليهما وإذا رأى غبناً في تحرى الدقيق لم يصح وزن ما في القرصين من الدقيق بل ذلك أقعد في صحة العقد لأن تحرى ما فيهما من الدقيق يشق ويكاد أن لا يصح ولو كثرت الأقول بهذا في المذهب لكان عندى أصح وبالله التوفيق

(مسئلة) وأما بيع الدقيق بالعجين تحرياً فقد اختلف قول مالك في بيع اللحم الطري بالتقديد والمشوى فجوزهُ أولاً على التحري ثم منع منه بكل وجه فأما منع بيع أحدهما بالآخر على التساوى بالوزن فلا يجوز لأن ما في أحدهما من الرطوبة قد عدت في الآخر وذلك يمنع صحة التساوى فيهما كالرطب بالتمر وأما بالتحري فإن التحري يتعذر في ذلك في الأغلب ولا يكاد يوصل إلى حقيقته كبيع الرطب بالتمر على التحري ص * قال مالك لا يصلح مدز بدومدين بمدى زبد وهو مثل الذي وصفنا من التمر الذي يباع صاعين من كبيس وصاعاً من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من عجوة لا يصلح فعل ذلك ليجز بيعه وإنما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده لياً خذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلاً بمثل لأبس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلاً بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد حنطة كان ذلك مثل الذي وصفنا لا يصلح لأنه إنما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح * ش وهذا كما قال ان اللبن والزبد مما يحرم فيه التفاضل لأن كل واحد منهما مقتات ولأن السمن بدخر وهو منها فلا يجوز لذلك بيع مدى زبد بمدز بدومدين لأنه لا يعلم تساوى مدى الزبد مع ما في اللبن من الزبد والزبد الذي معه والجهل بالتساوى فيما يجري فيه الرأى يمنع صحة العقد فكيف وقد تبين فضل مدى الزبد على ما في اللبن من الزبد وما معه من الزبد ويحرم أيضاً من وجه آخر وهو أن ما يجري فيه الرأى لا يجوز بيعه بأصله الذي فيه منه فلا يجوز بيع الزبد باللبن وهكذا كل ما يخرج من الحيوان بمائقتات ويدخر كالسمن والجبن والافط أو يكون منه ما يدخر كاللبن والزبد فأما ما يقتات منه ولا يدخر منه كالبيض ففيه روايتان أشار إليهما في المختصر أحدهما أنه يجري فيها الرأى والثانية لا يجري فيها الرأى والروايتان مبنيتان على جريان الرأى في المقتات المدخر فإذا قلنا ان الرأى يجري في ما يقتات ولا يدخر تعدى إلى البيض وإذا قلنا لا يجري الرأى في المقتات الذي لا يدخر جاز فيها التفاضل والله أعلم وأحكم (فصل) وأما ثلاثة أصوع من عجوة بصاعين من كبيس وصاع حشف فلا يجوز لما ذكرناه من أن الأخذ بالكبيس قصد أن يأخذ ثلاثة أصوع من عجوة بصاعين من كبيس لفضل الكبيس فأعطى منها صاع حشف ليجز البيع بذلك وأصل ذلك أن ما يجري فيه الرأى إذا بيع بعضه ببعض ولم تختلف صفاته فإن المراعى فيه المساواة في الكيل دون غيره لأنه ليس فيه غرض آخر يختلف فإن اختلفت صفاته كالتمر الصالح بالعبوة والجيد بالردىء وكان كل واحد من العوضين من جنس واحد وعلى صفة واحدة فإن المساواة فيه بالكيل أيضاً لأنه لا غرض في بعض أحد العوضين دون بعض فيجوز في بعضه لبعض فيقتضى ذلك الاختلاف في تقسيط العوض الآخر على أجزائه وذلك علة الفساد فيه فأما إذا كان جميعه على صفة واحدة فقسطت عليه العوض الآخر لتساوت أجزائه في التقسيط عليه (مسئلة) فإن اختلفت صفة أحد العوضين فإنه على ضربين أحدهما أن يكون بعضه أفضل من المنفرد وبعضه أدون منه والثاني أن يكون مع اختلاف جميع أجزائه أفضل من المنفرد أو أدون منه فأما الأول فلا خلاف على المذهب أنه لا يجوز لأن تقسيط أحد العوضين على الآخر يقتضى التفاضل في أجزائه وذلك يمنع صحة البدل (مسئلة) وأما الضرب الثاني فالمشهور من مذهب مالك أنه لا يجوز وذلك مثل مدحنطة ومدشعير بمدى حنطة يكون المد الذي مع الشعير أدون من كل واحد من المدين وقال ابن المواز ان ذلك جائز وجه ما قاله ابن المواز ان كون أحد

* قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدى زبد وهو مثل الذي وصفنا من التمر الذي يباع صاعين من كبيس وصاعاً من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من عجوة لا يصلح فعل ذلك ليجز بيعه وإنما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده لياً خذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلاً بمثل لأبس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلاً بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد حنطة كان ذلك مثل الذي وصفنا لا يصلح لأنه إنما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح معها الدقيق فهذا لا يصلح

العوضين أدون أجزاء من العوض الآخر تباع فيهما المبادلة كالذهبين بالذهب يكون مع كل واحد من الذهبين أدون من الذهب المنفرد أو وجود فانه جائز ووجه ما قاله ابن القاسم ان التقسيط فيهما مع اختلافهما يقتضي التفاضل بين أبعاض أحد العوضين وأبعاض الآخر وذلك يمنع صحة البدل ويفارق مسألة الذهب بالذهب (مسئلة) فان بادلته مدحطة ومدقيق بمدحطة ومدقيق أو بمدحطة ومدشعبير بمدحطة ومدشعبير فالمشهور من مذهب مالك المنع رواه عنه ابن القاسم وجوزه ابن المواز ووجه القولين ما تقدم (مسئلة) فاما ان كان مع أحد العوضين من غير جنسه مثل مدحطة ومدتمر بمدحطة فلا خلاف على المذهب نعمانه انه لا يجوز فاذا قلنا بقول ابن القاسم فلا خلاف بينه وبين ما تقدم واذا قلنا بقول ابن المواز فالفرق بينهما (١)

جامع بيع الطعام

ص قال مالك عن محمد بن عبد الله بن أبي مريم انه سأل سعيد بن المسيب فقال اني رجل ابتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه دينار ونصف درهم فأعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن اعطت أنت درهمًا وخذ بقيته طعاما ش قوله اني ابتاع طعاما يكون في الصكوك بالجار يريد من الصكوك التي تخرج بالأعطية لاهلها على وجه الهبة والعطية المحضة دون وجه من المعاوضة فنهم من يحتاج فيبيعها فكان هذا ابتاعها ويبيع فيها فربما ابتاع الجله منه دينار ونصف درهم اما لانه اشترط على سعرهما فأدى الحساب في الجله الى دينار ونصف درهم واما لان العقد وقع بهذا العدد حين لم يجب البائع الى البيع بدينار ولا رضيه المبتاع بدينار ودرهم فاتفقا على دينار ونصف درهم وكانت الدراهم في ذلك الوقت صحاحا فكان من استحق على آخر نصف درهم أخذ به عرضا لعدم الانصاف فأراد محمد بن عبد الله بن أبي مريم أن يدفع طعاما بنصف الدرهم فنهاه عن ذلك سعيد بن المسيب رضي الله عنه وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يدفع اليه من ذلك الطعام بعينه والثاني أن يدفع اليه من غيره فان أعطاه من ذلك الطعام بعينه فلا يخلو أن يقاضيه به قبل قبضه له أو يعطيه اياه بعد استيفائه فان أعطاه اياه قبل استيفائه فقد حكي الشيخ أبو محمد عبد الحق عن بعض القرويين لا يجوز ذلك لانه يبيع الطعام قبل استيفائه الا أن يعرف الصرف ويتقايلا بمقدار النصف درهم فذلك جائز قال أبو محمد وان أعطاه اياه بعد قبضه ومغيب المبتاع عليه وقال انه منه فلا يجوز له أن يعطيه طعاما منه ولا من غيره من جنسه ولا من غير جنسه ولفظ المدونة يمنع من هذا التعليل الذي رواه أبو محمد لان مالك قال في المدونة باثر قول ابن المسيب وانما كره له سعيد أن يعطي دينارا ونصف درهم لان النصف درهم انما هو طعام فكره له أن يعطي دينارا أو طعاما بطعام قال مالك ولو كان النصف درهم ورقا أو غير الطعام فما كان بذلك بأس فاما كرهه مالك من وجه التفاضل بين الطعامين من جنس واحد ولم يذكر بيع الطعام قبل استيفائه وقد روى ابن القاسم عن مالك في سماع أصبغ في رجل اشترى بدينار قمحا فاعطاهما ووجب البيع لم يجد الا دينارا ناقصا فأراد أن يضع بقدر النقصان ويأخذ منه دينارا ناقصا فكره ذلك مالك وقال ابن حبيب فممن ابتاع بدينار لحما فلم يجد الا دينارا ناقصا فقال له خذ من اللحم بنصف الدينار يدخله قبل القبض من الفساد أربعة أوجه يبيع الطعام قبل استيفائه أو اقتضاء طعام من طعام والتفاضل في الطعام والتفاضل في الورق ويدخل بعض القبض ذلك كله الا يبيع الطعام قبل استيفائه وفي كتاب ابن مزيان انما كرهه لانه

جامع بيع الطعام
حدثني يحيى عن مالك
عن محمد بن عبد الله بن أبي
مريم انه سأل سعيد بن
المسيب فقال اني رجل
ابتاع الطعام يكون من
الصكوك بالجار فربما
ابتعت منه دينار ونصف
درهم فأعطى بالنصف
طعاما فقال سعيد لا ولكن
اعطت أنت درهمًا وخذ
بقيته طعاما

إذا أعطاه من تلك الحنطة قبل قبضها فهو يبيع الطعام قبل استيفائه وإن أعطاه حنطة من غير تلك الحنطة لم يجز لأنه دينار وحنطة بغضة قال أبو محمد وابن القاسم يجزى الاقالة في الطعام قبل أن يفترقا ولكن أرى العلة في النهي عن ذلك أن لما أقاله من هذا الطعام حصته من الذهب والفضة فأعطاه لما قايل من الذهب فضة قبل قبض الطعام وأضاف أن من ما يقبله منه لا يعرف الا بالقيمة (مسئلة) وأما إذا استوفاه ثم رد عليه منه الا بقدر نصف الدرهم فقد قال الشيخ أبو محمد والشيخ أبو الحسن انه لا يجوز ذلك ولا يصح فيه الاقالة لأن الطعام الذي ردله حصته من الدينار ومن النصف الدرهم فهذا لا يجوز أن يقبله منه بغضه قال أبو محمد بد الخ والظاهر ان هذا صواب لأنه انما يراعى هذا في فساد الاقالة قبل قبضه وأما بعد قبضه فذلك لأن بيعه حينئذ جائز وقد قاله غير واحد وهو جائز عندي وهذا الذي قاله أبو محمد صحيح من ذلك الوجه غير انه يدخله من منع الذرائع ما قد مناه مما قاله ابن حبيب وهو ظاهر قول مالك وما يقتضيه تعليله في المدونة على ما قد مناه (مسئلة) ولو قبض الطعام وغاب عليه وأعطاه من جنسه فلا يجوز أن يعطيه طعاما منه بزمه ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه قاله بعض القرويين * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي في ذلك بيع الطعام بالطعام ومع أحدهما ذهب وذلك غير جائز (مسئلة) وأما لو أعطاه من غير نوع القمح فلا يدخل أن يعطيه من جنسه كالشعير والسلت أو من غير جنسه كالتمر والقطنية فإن أعطاه بالنصف درهم من جنسه كالشعير أو السلست قبل القبض لم يجز لأنه شعير ودينار بحنطة وذلك غير جائز وإن كان أعطاه تمرا أو زيبا جاز لأنه يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة فكأنه باعه حنطة بدينار وزيب وهذا يجوز إذا وجد التناجز والقبض قبل التفرق وأما أن أعطاه بعد قبضه وقبل أن يغيب عليه شعيرا أو سلتا فلا يجوز ذلك ولو أعطاه تمرا أو زيبا جاز وأما أن غاب عليه فلا يجوز شيء من ذلك لأنه يقتضي من ثمن الطعام طعاما وباللغة تعالى التوفيق ص * مالك أنه بلغه أن محمد بن سير بن كان يقول لا تتبعوا الحب في سنبله حتى يبيض * ش قوله رضي الله عنه لا تتبعوا الحب في سنبله حتى يبيض من باب النهي عن بيع الحب قبل أن يبيض لأن سنبله إذا ابيض فقد يبس ما فيه من الحب فاما وقت المنع من البيع وهو حال افراكه فان سنبله لم يبيض بعد وقرق بينه وبين الثمرة أن الثمرة تباع إذا بدأ صلاحها وذلك أن كل شجرة يجوز بيع ثمرها إذا بدأ صلاحها وإن لم تبلغ حد الادخار ومالم يكن له ساق فيكره ذلك فيه الآن يبلغ حد الادخار وقد تقدم القول في ذلك ص * قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم إلى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه ليس عندي طعام فبغى الطعام الذي لك على إلى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لا يصلح لأنه قد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفي فيقول الذي عليه الطعام لغريمه فبغى طعاما إلى أجل حتى أقضيك فهذا لا يصلح لأنه انما يعطيه طعاما ثم رده اليه فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الطعام الذي كان له عليه ويصير الطعام الذي أعطاه محلا فبينهما ذلك إذا فعلاه يبيع الطعام قبل أن يستوفي * ش وهذا كما قال ان من كان له عليه طعام من سلم فلما حل الأجل قال أشترى منك طعاما أقضيك منه سلمك فانه لا يجوز أن يبيعه منه إلى أجل بمثل رأس مال السلم ولا أقل منه ولا أكثر لأنه يدخله فسخ دين في دين لأنه كان له عليه طعام يريد فسخه في عين إلى أجل وإن باع منه لم يجز بأكثر من الثمن الاول ولا أقل منه لأنه يدخله يبيع الطعام قبل استيفائه ولا بأس به بمثل رأس مال السلم لأنه يؤول إلى الاقالة وذلك جائز في طعام السلم (مسئلة) وإن كان الطعام المؤجل

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن محمد بن سير بن كان يقول لا تتبعوا الحب في سنبله حتى يبيض * قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم إلى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه ليس عندي طعام فبغى الطعام الذي لك على إلى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لا يصلح لأنه قد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفي فيقول الذي عليه الطعام لغريمه فبغى طعاما إلى أجل حتى أقضيك فهذا لا يصلح لأنه انما يعطيه طعاما ثم رده اليه فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الطعام الذي كان له عليه ويصير الطعام الذي أعطاه محلا فبينهما ذلك إذا فعلاه يبيع الطعام قبل أن يستوفي

* قال مالك في رجل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذي عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريمي عليه مثل الطعام الذي لك على بطعامك الذي لك على * قال مالك ان كان الذي عليه الطعام انما هو طعام ابتاعه فاراد أن يحيل غريمه بطعام ابتاعه فان ذلك لا يصح (١٤) فان ذلك لا يصح وذلك بيع الطعام قبل أن يستوفي

فان كان الطعام سلفا حالا فلا بأس أن يحيل به غريمه لان ذلك ليس ببيع ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفي لنبي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك غير أن أهل العلم قد اجتمعوا على أنه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة في الطعام وغيره * قال مالك وذلك أن أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضي دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقضا بوازنة لم يحل ذلك * قال مالك وذلك أن أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضي دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقضا بوازنة لم يحل ذلك ولو كان أحد الطعامين من قرض لجاز ذلك يجوز أن يحيل من له قبلك طعام من قرض على من لك عليه طعام من بيع وتحيل من له طعام من بيع على من له عليه طعام من قرض ولا يجوز لأحد هذين المحالين أن يبيع ما أحيل به قبل أن يستوفيه لان هذا البيع يتصل بالبيع الاول من المحال أو المحال عليه قبل أن يستوفي الطعام وذلك غير جائز وقد تقدم شرح ذلك إلى آخر الفصل بما يغني عن إعادته ص * قال مالك ولا ينبغي أن يشتري رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما إلى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من درهم إلى أجل ثم يعطى درهما ويأخذ بما بقي له من درهمه سلعة من السلع لانا أعطى الكسر الذي عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به * ش وهذا كما قال انه لا يجوز لأحد أن يشتري طعاما بكسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما إلى أجل لانه يدخله الطعام بالطعام إلى أجل وقد قدمنا انه -يرجاء- ولا يبيع ذلك ضرورة لان عنه مندوحة أن يدفع اليه الطعام بنقدا أو يدفع اليه عند انقضاء الاجل درهما كاملا ويأخذ ببقية ما شاء ويجوز أن يشتري منه بكسر الدرهم طعاما ويدفع اليه درهما كاملا ولا يدخل ذلك بيع وسلف لانهما لم يعقدا على ذلك فان كان علما ان كسر الدرهم لا يوجد ولا يمكن تسليمه الا أن البائع يتوقع أن يقبض منه بقية درهمه ما شاء متى شاء أو يشاركه فيه ولو عقدا البيع على وجه المعروف لا مكايسة فيه * قال مالك ولا ينبغي أن يشتري رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما إلى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من درهم إلى أجل ثم يعطى درهما ويأخذ بما بقي له من درهمه سلعة من السلع لانه أعطى الكسر الذي عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به

على وجه المعروف لا مكايسة فيه * قال مالك ولا ينبغي أن يشتري رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما إلى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من درهم إلى أجل ثم يعطى درهما ويأخذ بما بقي له من درهمه سلعة من السلع لانه أعطى الكسر الذي عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به

بأسا يجبس اذا شاء ويبيعه اذا شاء ويخرجه الى بلد آخر قيل لمالك فن يبتاع الطعام فيجب غلاؤه قال ما من أحد يبتاع طعاما أو غيره الا ويحب غلاؤه (مسئلة) ويتعلق المنع بمن يشتري في وقت الغلاء أكثر من مقدار قوته وذلك أيضا على ضربين أحدهما أن يكون من أهل موضع الابتاع أو غيره فان كان من أهل الموضع فحكمه ما ذكرنا وان كان من غيره فلا يخلو أن يشتري بالفسطاط للريف أو بالريف بالفسطاط أو يشتري بموضع من الريف لغيره فان اشترى بالفسطاط للريف فلا يخلو أن يكون بالفسطاط كثيرا فلا يضيق على أهله أو قليلا يضيق على أهله فان كان كثيرا أو عند أهل الريف ما يغنيهم ففي كتاب ابن المواز عن مالك بمنع ذلك ووجهه أن الفسطاط عمدة الاسلام ومجتمع الناس فاذا تساوت حاله وحال الأطراف منع الانتقال منه لأنه اذا فسد فسدت الارياق والجهات ولا تفسد الجهات مع صلاحه لأن قيامها به (مسئلة) وان كانت الحاجة بالريف والكثرة بالمصر جازاقتيات أهل الارياق منه بالخراج اليهم لأن جلب الطعام الى المصر وادخاره بها انما هو عدة للمصر وأريافه وجهاته وان كان بالمصر قليلا يخاف من شراء أهل الارياق له وخرجه عنه مضرة منعوا من اخراجه لتساوي الخالين فان ابتاعوه وأكلوا بالمصر لم يمنعوا منه لأنه لا يجوز اسلامهم للمصر والهلكة وانما يمنعون من اضعاف المصر باخراج الطعام منه لأنه اذا لم يكن بد من اتلاف الجهتين كانت مراعاة بقاء المصر أولى

(الباب الثاني في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادخار)

ان لذلك حالتين احدهما حال ضرورة وضيق فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار ولا خلاف نعلمه في ذلك والثانية حال كثرة وسعة فهنا اختلف أصحابنا فالذير واه ابن القاسم عن مالك انه لا يمنع فيها من احتكار شيء من الاشياء * قال مالك ومما يعيبه من مضى ويرونه ظاهرا منع التجار اذا لم يكن مضرا بالناس ولا بأسا وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أن احتكار الطعام يمنع في كل وقت فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره الا في وقت الضرورة دون وقت السعة وجه ما رواه ابن القاسم أن يمنع في وقت السعة منع أهل الاحتكار منفعة لا مضرة على غيرهم في ابحاثها ولا منفعة لهم في منعها وذلك غير جائز كما لا يجوز أن يمنعوا الشرب من الدجلة (فرع) فاذا قلنا برواية مطرف وابن الماجشون فان جميع القطاني والحبوب التي هي للقوت والعلوفة يتعلق بها هذا المنع وكذلك الزيت والعسل والسمن والزبيب والتين وشبهها فان ذلك كله بمنزلة القمح واه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب

(الباب الثالث وهو ما يمنع من احتكاره)

فالذير واه ابن المواز وابن القاسم عن مالك ان الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج اليه في ذلك سواء فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس ووجه ذلك ان هذا مما تدعو الحاجة اليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من ادخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام

(الباب الرابع في بيان ما يمنع من الاحتكار)

أما ما يمنع من الاحتكار فان الناس في ذلك على ضربين ضرب صار اليه بزراعتة أو جلابه فهذا لا يمنع من احتكاره ولا من استدامة مساهمة ما شاء كان ذلك ضرورة أو غيرها روى ابن المواز عن مالك انه قال يبيع هذا متى شاء ويمسك اذا شاء بالمدينة وغيرها (مسئلة) والضرب الثاني من صار اليه الطعام بابتاع بالبلد فان المنع يتعلق به في وقتين أحدهما أن يبتاعه في وقت ضرورة وقد

قد مينايا ذلك والثاني أن يتناعه في وقت سعة وجواز الشراء ثم تلحق الناس شدة وضرورة إلى الطعام ففي كتاب ابن المواز قيل لما لك فاذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون أبيع عليهم قال ما سمعته وقال في موضع آخر فاذا كان في البلد طعام مخزون واحتج إليه للغلاء فلا بأس أن يأمر الامام بالخراجه إلى السوق فيبيع ووجه ذلك أنه إنما أبيع لهم ثمأره ليكون عدة للناس عند الضرورة (مسئلة) وان احتكر شيئاً من ذلك من لا يجوز له احتكاره في كتاب ابن مزين عن عيسى بن دينار أنه قال يتوب ويخرجه إلى السوق ويبيعه من أهل الحاجة إليه بمثل ما اشتراه به لا يزداد فيه شيئاً ووجه ذلك أن المنع قد تعلق بشرائه خلق الناس وأهل الحاجة فاذا صرفه إليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أو لا حين ابتياعه أياه فقد رجع عن فعله الممنوع منه (مسئلة) فان أبي من ذلك فقد قال ابن حبيب يخرج من يده إلى أهل السوق يشترون فيه بالثمن فان لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره ووجه ذلك أنه لما كان هذا الواجب عليه فلم ينفعه أجرة عليه وصرف الحق إلى مستحقه

* وحدثنى عن مالك عن
يونس بن يوسف عن
سعيد بن المسيب أن عمر
ابن الخطاب مر بمحاطب
ابن أبي بلتعة وهو يبيع
زبيبا له بالسوق فقال له
عمر بن الخطاب أما أن
تزيد في السعر وأما أن
ترفع من سوقنا
* وحدثنى عن مالك أنه
بلغه أن عثمان بن عفان
كان ينهى عن الحكرة

(فصل) وقوله ولكن أيا جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف قال عيسى بن دينار معناه جلب في قلب الشتاء وشدة برد، وقلب الصيف وشدة حره فيلقى النصب في سفره من الحر والبرد * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه أن معناه على ما يعتمد عليه من كبده ويريد بذلك أن كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته فأضاف كبدها إليه بحق ملكها واختصاصها به
(فصل) وقوله رضي الله عنه فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله يريد أن عمر يمنعه من أن أراد إجباره على البيع وأضاف المشيئة إلى الله لقوله تعالى وما تشاؤون إلا أن يشاء الله فلا يشاء الجالب البيع والامساك إلا أن يشاء الله تعالى ص * مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بمحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر ابن الخطاب أما أن تزيد في السعر وأما أن ترفع من سوقنا * مالك أنه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة * ش نول عمر بن الخطاب رضي الله عنه أما أن تزيد في السعر وأما أن ترفع من سوقنا روى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى ذلك أن حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والتسعير على ضربين أحدهما هذا الذي ذكرناه من أن من حط من سعر الناس أمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق وفي ذلك ثلاثة أبواب * أحدها في تبين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به * والباب الثاني في تبين من يختص به ذلك من البائعين * والباب الثالث في تبين ما يختص به ذلك من المبيعات

(الباب الأول في تبين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به)

والذي يختص به في ذلك من السعر هو الذي عليه جمهور الناس فاذا انفرد عنهم الواحد والعدد اليسير يحط السعر أمر من حطه بالحق بسعر الناس أو ترك البيع (مسئلة) فان زاد في السعر واحداً وعدديسير لم يؤمر الجمهور بالحق بسعره أو الامتناع من البيع لان من باع به من الزيادة ليس بالسعر المتفق عليه ولا بما تقام به المبيعات وإنما راعى في ذلك حال الجمهور ومعظم الناس وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا يقيم الناس الخمسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي أنه يجب أن ينظر في ذلك إلى قدر الأسواق والله أعلم وأحكم

(الباب الثاني في تبيين من يختص به ذلك من البائعين)

لا خلاف في ان ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه وأما الجالب ففي كتاب محمد لا يمنع الجالب أن يبيع في السوق دون بيع الناس وقال ابن حبيب لا يبيعون ما عدا القمح والشعير الا بمثل سعر الناس والارفعوا كأهل الأسواق وجه ما في كتاب محمد ان الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر ما يجلبه مع ان ما يجلبه ليس من أقوات البلد وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه فربما أدى التعجير عليه الى قطع الميرة والبائع بالبلد انما يبيع أقواتهم المختصة بهم ولا يقدر على العدول بها عنهم في الأغلب ولهذا فرقنا بينهما في الحكرة وقت الضرورة ووجه ما قاله ابن حبيب ان هذا بائع في السوق فلم يكن له أن يحط عن سعره لان ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد قال فاما جالب القمح والشعير فقال ابن حبيب يبيع كيف شاء الا ان لم يبق في أنفسهم حكم أهل السوق وان أرخص بعضهم تركوا ان قل من حط السعر وان كثر المرخصون قيل لمن بقي اما أن يبيع كبيعهم واما ان ترفع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان البائع للطعام من أهل السوق هل يمنع من بيعه في دار بسعر السوق وقال ابن حبيب وينبغي في الطعام أن يخرج الى السوق كما جاء الحديث ووجه ذلك ان بيعه في الدور اعزازه وسبب الى غلائه وتطرق لبيع البائع كيف شاء بدون سعر أهل السوق اذا لم يعرف له ذلك في السوق فان كان جالبا فليبعه في السوق أو في الدار ان شاء على يده

(الباب الثالث فيما يختص به ذلك من المبيعات)

أما ما يختص به ذلك من المبيعات فقال ابن حبيب ان ذلك في المكيل والموزون مأكولا كان أو غير مأكول دون غيره من المبيعات التي لا تسكال ولا توزن ووجه ذلك ان المكيل والموزون مما يرجع الى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه الى المثل وانما يرجع فيه الى القيمة ويكثر اختلاف الأغراض في أعيانه فلما لم يكن تماثلا لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وهذا اذا كان المكيل والموزون متساويا في الجودة فاذا اختلف صنفه لم يؤمر من باع الجيد ان يبيعه بمثل سعر ما هو أدون لان الجودة لها حصه من الثمن كالمقدار (مسئلة) وأما الضرب الثاني من التسعير فهو أن يحد لأهل السوق سعر لبيعون عليه فلا يتجاوزونه فهذا منع منه مالك وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الانصاري وروي أشهب عن مالك في العتية في صاحب السوق يسعر على الجزار ين لحم الضأن ثلث رطل ولحم الابل نصف رطل والاخر جوامن السوق قال اذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به ولكن أخاف أن يقوموا من السوق وجه القول الاول ما روى عن أبي هريرة أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله سعلنا فقال بل ادعوا الله ثم جاءه رجل فقال يا رسول الله سعلنا فقال بل الله يرفع ويخفض واني لأرجو أن ألقى الله وليست لاحد عندي مظلمة ومن جهة المعنى ان اجبار الناس على بيع أموالهم بغير ما تطيب به أنفسهم ظلم لهم منافع للمكها لهم ووجه قول أشهب ما يجب من النظر في مصالح العامة والمنع من اغلاء السعر عليهم والافساد عليهم وليس يجبر الناس على البيع وانما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يحده الامام على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع ولا يمنع البائع رجحا ولا يسوغ له منه ما يضر بالناس (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب في ذلك ثلاثة أبواب أحدها في صفة التسعير * والباب الثاني في ذكر من يسعر عليه * والباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات

(الباب الاول في صفة التسعير)

قال ابن حبيب ينبغي للامام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيستلهم كيف يشترون وكيف يبيعون فينازلهم إلى ما فيه لهم والعامّة سدّاد حتى رضوا به قال ولا يجبرون على التسعير ولكن عن رضا وعلى هذا أجازهم من أجازهم ووجه ذلك أن هذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين ويجعل للباعة في ذلك من الرّبح ما يقوم بهم ولا يكون فيه اجحاف بالناس وإذا سعّر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الاسعار واخفاء الاقوات واتلاف أموال الناس

(الباب الثاني في ذكر من يسعر عليهم)

أما من يسعر عليهم على هذا القول فهم أهل الأسواق وأما الجالب فلا يسعر عليه شيء إلا أن ما يجلبه على ضربين أصل القوت وهو القمح والشعير فهذا لا يسعر عليه برضاه ولا بغير رضاه وليس كيف شاء وأمكنه إذا اتفقوا قاله ابن حبيب فإن اختلفوا فقد تقدم بيانه قبل هذا والله الموفق للصواب (مسئلة) وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه وما أشبه ذلك مما يشتره أهل السوق للبيع على أيديهم فهذا أيضا لا يسعر على الجالب ولا يقصد بالتسعير ولكنه إذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له أما أن تلحق به أو لا فخرج عنه

(الباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات)

قال ابن حبيب وهذا فيما عدا القطن والبر ويجب أن يختص التسعير بالمكيل والموزون وما غيره فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه وقد تقدم معناه من قبل هذا

﴿ ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن علي بن أبي طالب أن علي بن أبي طالب باع جلاله بدعي عصيفرا بعشرين بعيرا إلى أجل ﴾ ش قوله باع جلاله بدعي عصيفرا بعشرين بعيرا إلى أجل على ما قدمناه من بيع الجنس بعضه ببعض متفاضلا إلى أجل إذا تبينت الأغراض فيه وقد منّا من قبل أن الغرض من الأبل القوة على الحمل فإذا كان هذا الحمل مشهورا بالقوة على الحمل ماينا في غاية في بابه جاز يبعه إلى أجل بعشرين من جملة الأبل ولا يخلو أن يباع واحد بعشرين إلا لأنه غاية في بابه وإن العشرين ليست في الغرض المقصود منها متقدمة وانما هي من جملة حواشي الأبل التي لا توصف بذلك ولا تشارك فيه ص ﴿ مالك عن نافع أن عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفها صاحبها بالربعة ﴾ ش قوله اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة الحديث يحتمل أن يكون جواز التفاضل فيها إلى أجل لأن الراحلة التي أخذت غاية في الحمل والراحلة اسم واقع على الذكرو الأنثى من الأبل وكذلك البدنة وقد تقدم ذلك في كتاب الحج وأما قوله يوفها إياها بالربعة فإنه إذا عين موضع قضاء السلم جاز ذلك ولزم على ما قدمناه ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن بيع الحيوان اثنين بواحد إلى أجل فقال لا بأس بذلك ﴾ ش قوله في بيع الحيوان اثنين بواحد لا بأس به يحتمل أن يريد به جنسين مختلفين في الخلقة والاسم وهذا لا خلاف في جوازه ويحتمل أن يريد به من جنس واحد في الخلقة والتسمية ولكنهما يختلفان في المنفعة المقصودة من ذلك الجنس أو بالكبر والصغر إن كانا مما يختلف به وقد تقدم بيانه من قبل هذا ص ﴿ قال مالك

﴿ ما يجوز من بيع

الحيوان بعضه ببعض

والسلف فيه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك

عن صالح بن كيسان عن

حسن بن محمد بن علي بن

أبي طالب أن علي بن أبي

طالب باع جلاله بدعي

عصيفرا بعشرين بعيرا

إلى أجل * وحدثني عن

مالك عن نافع أن عبد الله

بن عمر اشترى راحلة

بأربعة أبعرة مضمونة

عليه يوفها صاحبها بالربعة

* وحدثني عن مالك أنه

سأل ابن شهاب عن بيع

الحيوان اثنين بواحد إلى

أجل فقال لا بأس بذلك

قال مالك

الامر المجتمع عليه
عندنا انه لا بأس
بالجل بالجل مثله وزيادة
دراهم يدا بيد ولا بأس
بالجل بالجل مثله وزيادة
دراهم الجل بالجل يدا بيد
والدراهم الى أجل قال
ولاخير في الجل بالجل
مثله وزيادة دراهم
الدراهم نقدا والجل الى
أجل وان أنورت الجل
والدراهم لاختير في ذلك
أيضا قال مالك ولا بأس
أن يبتاع البعير النجيب
بالبعيرين أو بالأبصرة من
الجولة من حاشية الابل
وان كانت من ندم واحدة
فلا بأس أن يشتري منها
اثنان بواحد الى أجل اذا
اختلفت فبان اختلافها
وان أشبه بعضها بعضا
واختلفت أجناسها أولم
تختلف فلا يؤخذ منها
اثنان بواحد الى أجل
قال مالك وتفسير ما كره
من ذلك أن يؤخذ
البعيران ليس بينهما
تفاضل في نجابة ولا رحلة
فاذا كان هذا على ما وصفت
لك فلا يشتري منه اثنان
بواحد الى أجل ولا بأس
أن تبسح ما اشتريت منها
قبل أن تستوفيه من غير
الذي اشتريته منه اذا
انتقدت ثمنه

الامر المجتمع عليه عندنا انه لا بأس بالجل بالجل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجل بالجل مثله
وزيادة دراهم الجل بالجل يدا بيد والدراهم الى أجل قال ولاخير في الجل بالجل مثله وزيادة دراهم
الدراهم نقدا والجل الى أجل وان أنورت الجل والدراهم لاخير في ذلك أيضا ش وهذا كما قال
ان ما يجوز فيه التفاضل تقدم من غير المققات والذهب والفضة ويحرم فيه التفاضل فيها فان من باع
بعضه ببعض يدا بيد فلا يفسد ذلك ما كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس نقدا أو الى أجل بعد أن
يتعجل المتجانسان فان تأجل شيء من جنسهما لم يجز ذلك بوجه وهذا عقد هذا الباب ووجه ذلك انه
اذا لم يتأجل شيء من جنسهما فقد سلم من السلف فلا بأس بالزيادة واذا تأجل شيء من جنس ما تعجل
فقد صار سلفا وازداد أحدهما فيه ما أفسد السلف ص قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب
بالبعيرين أو بالأبصرة من الجولة من حاشية الابل وان كانت من ندم واحدة فلا بأس أن يشتري منها
اثنان بواحد الى أجل اذا اختلفت فبان اختلافها وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أولم
تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير
بالبعيرين ليس بينهما تفاضل في نجابة ولا رحلة فان كان هذا على ما وصفت لك فلا يشتري منه اثنان
بواحد الى أجل ولا بأس أن تبسح ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذي اشتريته منه اذا
انتقدت ثمنه ش قوله رحمه الله ولا بأس أن يباع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبصرة من الجولة
ويحتمل أن يريد بالنجيب جنسا من الابل يختص بهذا الاسم وأكثرها يركب بالسروج لانها للشى
السريع وليست للحمل فهو نوع من الابل يقال لها البخت كما يقال لغيرها الهجن ويقال البخت
والعراب ويحتمل أن يريد بالنجيب الفاره القوي على الحمل كما يقال لرجل نجيب وفرس نجيب
اذا كان متقدما في جنسه فيكون هذا ووصف لذلك الجل دون وصف نوعه ولا جنسه فالجولة من الابل
هو ما يحمل عليه منها دون ما يراد للدرو والنسل خاصة وحواشها أدونها وليست بوصف المتقدم منها بانه
من الحواشي وهذا أظهر في قول مالك رحمه الله البعير الفاره النجيب القوي على الحمل المتناهي فيه
بالبعيرين اللذين يحملان الا أنهم من دون الابل وان كان المعجل والمؤجل من نوع واحد * قال
القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ولا يجوز عندي أن يريده النجيب من النوع لان ذلك ليس في
الأغلب مما يغلب عليه فيوصف بأنه جولة وفي كتاب محمد بن المواز وابن حبيب وأما الابل فما كان
فيه النجابة والرحلة صنف فجمع بين النجابة والرحلة وعدل عن ذكر الأنواع ووصفها بالنجيب
والبخت والعراب والهجن قال ابن حبيب والجولة وان لم يكن لها فضل نجابة ولها فضل عمل تحمل
القباب والمحمل يسلم في حواشي الابل يريد أن تكون لها قوة على الحمل وان لم تكن لها تلك النجابة
في خلقها كالفرس الجواد في جريه وان لم يكن من عتاق الخيل في صورته لكنه لو اجتمعت في
البعير حسن الخلقة والقوة على الحمل لكان أبين كالفه احة في العباد اذا اجتمعت مع التجارة كانت
أبين فان انفردت الفصاحة لم يكن لها حكم وان انفردت التجارة ثبت لها حكم فكذلك النجابة والجولة
(فصل) وقوله رحمه الله كانت من ندم واحدة يحتمل أن يريده من قطيع واحد ومن نسل لجل
واحد ويحتمل أن يريده وان كان نوعها واحدا فاذا اختلفت بما ذكرناه من القوة على الحمل فبان
اختلافها جاز أن يباع منها واحد باثنين الى أجل الى لما ذكرناه من اختلافهما في المنفعة المقصودة
من الجنس.

(فصل) وقوله رحمه الله وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أولم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان

بواحد يريد أنهما إذا انتهت في المنفعة المقصودة وتقاربت فيها وهي القوة على الحمل فسواء كان جنسها واحداً بان تكون هجناً كلها أو عرباً كلها أو بجنتاً كلها أو اختلفت أجناسها فكان بعضها هجناً وبعضها عرباً أو على غير ذلك من الأجناس فإنه لا يجوز منها واحد باثنين إلى أجل

(فصل) قوله وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعير ين ليس بينهما تفاضل في نجابة ولا رحلة يريد نهاية التساوي وهو أن يكونا متساويين في جنس الخلقة ونوعها والصبر على طول السير والقوة على الجولة وهي الرحلة وإنما أراد أن يبين علة منع التفاضل بأبلغ ذلك وذكر رحمه الله كل ماله تأثير في المنع من ذلك وقد تقدم أن جنس الخلقة وتماها مؤ كد للقوة على الحمل كالفصاحة في العبد مع التجارة قال فإذا كان هذا على ما وصفت يريد من تساويهما في المعنيين المذكورين فلا يشتري واحد منهما باثنين إلى أجل يريد أن تساويهما واتفاق الأغراض فيهما يخرج ذلك عن حد البيع إلى حد الغرض الذي ينافي التفاضل

(فصل) وقوله ولا بأس بأن تباع ما اشتريت منه قبل استيفائه من غير الذي اشتريته منه إذا انتقدت ثمنه يريد أنه وإن كان مطعوماً بعد الزكاة فإنه ليس حكمه حكم المطعومات في المنع من بيعه قبل استيفائه على الكراهية في الجزاف وعلى التحريم في المكيل والموزون ومثبت في الذمة من الحيوان والعروض فإنه يجوز بيعه قبل استيفائه وقوله من غير الذي اشتريته منه تحقيق لمعنى البيع لأنه قد يكون من بائعه منه على وجه الإقالة وربما كان الغلب من معاملته فيه

(فصل) وقوله رحمه الله إذا انتقدت ثمنه يريد والله أعلم أن لا يبيعه بدين وذلك أنه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلاً أو غير مؤجل فإن كان مؤجلاً لم يجز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره لأنه يدخله في بيعه ممن هو عليه فسخ دين في دين ويدخله في بيعه من غير الكالي بالكالي وكلاهما يمنع صحة العقد وهل يجوز أن يسلم فيه رأس مال السلم ويسلم في المسلم فيه ولا يجوز على غير ذلك وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى ص * مالك ومن سلف في شيء من الحيوان إلى أجل مسمى فوصفه وحلله ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفنا وحلها ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا * ش وهذا كما قال رحمه الله أن السلف في الحيوان بالخلية والصفة جائز لازم ويلزم المسلم إليه تلك الصفة عند انقضاء الاجل ويلزم المسلم قبضها فإن كرهها واستغلاها فقد تقدم الاستدلال على صحة ذلك بما يغني عن أعادته قال مالك وعلى هذا أهل العلم ببلدنا وإنما يخالف في ذلك أهل العراق

﴿ ما لا يجوز من بيع الحيوان ﴾

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع جبل الحبلية وكان يباع يبتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنج التي في بطنها * ش قوله نهى عن بيع جبل الحبلية الحبل هو الحمل والحبلية الجنين فكأنه باعه إلى أن ينقض حمل الجنين الذي في بطن الناقة ينتج ثم تحمل فيصل البيع بانقضاء حمله وذلك على ضربين أحدهما أن يكون الاجل يتقدر به والثاني أن يكون المبيع هو الجنين الثاني فأما الأول فلا يجوز لأن الاجل مقصود بالعقد فيجب أن يكون معلوماً والذي يدخل الفساد فيه أمران أحدهما الجهالة به والثاني أن يكون بعيداً يدخله الغرر لبعده فأما الأول فعلى ما ذكرناه من البيع إلى أن تنتج الناقة أو ينتج

قال مالك ومن سلف في شيء من الحيوان إلى أجل مسمى فوصفه وحلله ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفنا وحلها ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا

﴿ ما لا يجوز من بيع الحيوان ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع جبل الحبلية وكان يباع يبتاعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنج التي في بطنها

ما في بطنها أو إلى قدوم فلان أو زول المطر وغير ذلك مما يختلف باختلاف أمتابنا تختلف الأغراض باختلافه (مسئلة) وان كان إلى أجل بعيد جدا فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة يجوز شراء سلعة إلى عشرين سنة وقال ابن القاسم في الموازية انه جوز ذلك إلى عشرين سنة وكرهه إلى عشرين سنة قال ولا أفسخه إلى ستين سنة أو تسعين سنة ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقح وحبل الحبل والمضامين يبيع ما في بطون انثى الابل والملاقح يبيع ما في ظهورا للجال * ش قوله لا ربا في الحيوان معناه والله أعلم لا يثبت فيه حكم تحريم التفاضل يدا بيد على ما ثبت في المدخر المقتات وانه يجوز في الحيوان من التفاضل ما لا يجوز في ذلك ولذلك يقال علة الربا عندنا في البرا لاقنيات والادخار وعند الشافعي الطعم وعند أبي حنيفة الوزن والكيل فصارت لفظة الربا مقصورة على هذا الحكم يعرف استعمال الفقهاء

(فصل) وقوله رضى الله عنه وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة المضامين والملاقح وحبل الحبل وقال مالك رحمه الله المضامين ما في بطون انثى الابل والملاقح ما في ظهور الفحول وقال غير مالك المضامين ما في ظهور الفحول والملاقح ما في بطون الانثى والأول أظهر وأكثر ولا خلاف بين الفقهاء في الحكم انه لا يجوز أن يباع ما في بطن الناقة من جنين ولا ما في ظهر هذا الفحل بمعنى انه يحمله البائع على ناقته فاذا أنتجته كان للمشتري ومن ذلك أيضا أن يعطيه ثمنه على أن يحمل فحله على ناقته المشتري فهذا أيضا لا يجوز لانه من الفرر وعليه يتأول مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسيب الفحل وأما اذا استأجره على أن يزيه على ناقته كواما معدودة عددها يسير يمكن أن يتأمن منه في وقت أو أوقات متقاربة فلا بأس بذلك لان الفحل معلوم معين والأكوام معلومة فليس فيها شيء من الفرر ولا الجهالة ص * مالك لا ينبغي أن يشتري الرجل شيئا من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقذه لانه لا يقرب ولا بعيدا * قال مالك وانما يكره ذلك لان البائع ينتفع بالثمن ولا يدري هل توجد تلك السلعة على ما رآها المشتري أم لا فذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا * ش قوله ولا يشتري الحيوان الغائب المعين بالنقد قريبا ولا بعيدا هذه رواية الموطأ وروى عنه ابن عبد الحكم في الحيوان خاصة والذي روى عنه في غير الموطأ في المدونة وغيرها انه يجوز النقد فيما قرب دون ما بعد فعلى هذا له وايتان في القرب احدهما انه لا يجوز ذلك وهي رواية الموطأ ووجهه انه مبيع غائب ينقل ويحول فلا يجوز النقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة والرواية الثانية انه يجوز ووجهها أن ما قرب يقل فيه الفرر لقرب امكان قبضه وان دخله نقص عرف وقت نقصه فكان ذلك كالحاضر لانه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع بل قد يجوز ذلك والمبيع غائب في دار البائع ومخزنه (فرع) فاذا قلنا بالفرق بين القرب والبعيد فقد روى ابن المواز عن مالك يجوز النقد فيما كان على البريد والبريد ينتمى ثم يرجع فقال على اليوم ونحوه ويجوز على مسيرة اليوم واليومين وبه قال أشهب وابن القاسم وروى ابن القاسم عن مالك في الحيوان خاصة البريد والبريدين وروى ابن وهب عنه لا ينقص في الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جدا (مسئلة) والبيع بالروية المتقدمة على وجهين أحدهما أن يقع على الإطلاق والثاني أن يشترط البائع ان المبيع على الصفة التي كان عليها حين رآه المشتري فاما الأولى فانه لا يجوز ذلك الا في مدة لا يكاد المبيع يتغير فيها غالبا هذا قول ابن

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا في الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقح وحبل الحبل والمضامين يبيع ما في بطون انثى الابل والملاقح يبيع ما في ظهورا للجال * قال مالك لا ينبغي أن يشتري أحد شيئا من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقذه لانه لا يقرب ولا بعيدا * قال مالك وانما يكره ذلك لان البائع ينتفع بالثمن ولا يدري هل توجد تلك السلعة على ما رآها المشتري أم لا فذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا

القاسم وأما مالك رحمه الله فلم يفرق في قوله وإنما قال يجوز البيع برؤية متقدمة وهذا الذي قاله ابن القاسم لا يجب أن يعتبر به لأن المبيع قد يتغير في طول المدة عما عرفه عليه المبتاع فإذا كان هذا الغالب من حاله حمل عليه قال ابن القاسم في المدونة أن تقادم تقادم ما يتغير فيه فالصفة فاسدة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وأن شرط البائع أنها على ما كانت عليه يوم الرؤية في المدونة أن العشرة أعوام مما تتغير فيها السلع فلا تباع إلا بشرط أنها على ما كانت عليه وذلك فيما يبقى على حاله في مثل هذه المدة كالثياب ولا يمكن هذا في الحيوان لأن سنه يتغير وقال سحنون وليس الحولى كالرباعي والجذع كالقارح فهنّ أنه يجوز في مدة يمكن أن لا يتغير فيها وبذلك فارق الحولى الرباعي لأنه أسرع استهلاكاً وفارق الجذع القارح لأنه أسرع استهلاكاً منه وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم فحين رأى عبداً منذ عشر بن سنة ثم اشتراه على غير صفة فذلك جائز ولا ينقد وهو بيع على الصفة التي كان رأى فهذا إن كان أراد به أن العشر بن سنة من قصار المدد غير ظاهر لأن هذه مدة يعلم أنه تتغير فيها الأسنان غالباً وإن أراد أن إطلاق العقد محمول على أنه بمنزلة من شرط أنه على الصفة التي كان رآه عليها وهو ظاهر قوله فذلك خلاف ظاهر المدونة لقوله في عشرة أعوام لا يجوز ذلك الآن يشترط أنها على ما كانت عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وفي صحة بيع المبيع البعيد الغيبة على ما ذكرناه شرطان أحدهما أن لا يضرب لقبضه أجلاً روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم أن ضرب لذلك أجلاً لم يجز زاد محمد بن المواز قريباً ولا بعيداً ووجه ذلك أن أجل قبضه يفسد لأنه متقدر تقديرين أحدهما مسافة ما بين بلد البيع وبلد المبيع والثاني أجل الذي يضربانه وذلك يمنع صحة العقد كما لو أكرى دابة من مصر إلى الشام على أن يقطع ذلك في مدة سميها (مسئلة) والشرط الثاني أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع إلى بلد بعيد يستوفيه فيه منه وإن كان موضع العقد فإن شرط ذلك لم يجز قاله ابن القاسم في العتية وهذا على وجهين أحدهما أن يستوفى المبتاع المبيع حيث شرطاً بينهما حله والثاني أن يشترط قبضه في موضعه ثم يكون على البائع حله فأما الأول فهو الذي قلنا أنه لا يجوز وقال محمد بن المواز وإنما لم يجز من أجل الضمان ومعنى ذلك أنه تضمنه له البائع في حله الذي يختص بغرض المبتاع مع ما في السفر من الغرر إلا أن تكون المسافة اليسيرة التي لا غرر فيها غالباً (مسئلة) وأما الوجه الثاني فهو جائز لا يضمن البائع المبيع لما يختص بغرض المبتاع وإنما يضمنه لمعنى يضمنه وذلك أن الطعام مضمون على الكرى إذا غاب عليه وانفرد بحمله دون صاحبه وحكم هذا الضمان حكم ضمان المبيع قبل الاستيفاء وبذلك يختص هذا بنوع من الطعام والله أعلم وأحكم (مسئلة) فأما البعيد الغيبة فلا يغلو أن يكون مما ينقل ويحول كالثياب والأطعمة والعروض المنقولة أو مما لا ينقل كالأرض والدور والأصول الثابتة والأشجار فأما ما ينقل فلا يجوز النقدية زاد محمد بن المواز وإن شرط الضمان على المبتاع لما في ذلك من الغرر لأنه لا يدري ما آل إليه حاله منذ زال عنه ولا يكاد أن ينتهي خبره فيعتبر وقت ضياعه وما ينظر أعليه من النقص والزيادة فإن كان على غير النقد جاز لسلامة ذلك من الغرر (مسئلة) وأما الأصول الثابتة فجوز ذلك فيها ابن القاسم على النقد وهو المشهور من منهب مالك ومنع منه أشهب وجه القول الأول أنه إنما منع مالك ذلك في الحيوان والعروض لسرعة استهلاكها في أنفسها وإمكان نقصها فإذا قبض البائع الثمن فلم يقبضه على ثقة أنه له لجواز أن يكون المبيع قد هلك أو دخله نقص أو يدخله في المستقبل فيجب عليه رد الثمن سلفاً وإذا كان ذلك

مما يتكرر فقد قبضه على انه ان قبض المبتاع المبيع فهو ثمنه وان لم يقبضه كان عنده سلفا يردده فلم يجز فيه اشتراط النقد وأما الأصول الثابتة فانها ما مونة لا يدخلها في الأغلب نقص ولا زيادة ولا تغير ولذلك كان ضمانها من المبتاع فالبائع انما يقبض الثمن على انه له في الأغلب كالمبيع الحاضر وان جاز أن يؤجل به عيب يوجب عليه رد الثمن لما كان يقل ويندر لم يؤثر في صحة العقد ووجه القول الثاني ان هذا معين بعيد الغيبة فلم يجز بيعه بشرط النقد كالحيوان

(فصل) وقوله وان كان قد برآه ورضيه يريد ان المبتاع البعيد الغيبة لا يجوز بيعه بشرط النقد وان كانت تقدمت رؤية المشتري له يريد أن للرؤية تأثيرا في بيع الأعيان الغائبة فلا يجوز عند مالك بيعها الا برؤية متقدمة أو صفة خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك جائز وللبائع خيار النظر والدليل على ما نقوله ان هذا مجهول الصفة عند المبتاع حال العقد فلم يجز بيع أصله اذا قال له بعثك ما في يدي (فرع) وهذا اذا كان على وجه البيع والمكايسة فأما اذا كان على وجه المعروف والمكارمة فان ذلك جائز ويلزم المولى دون المولى وذلك مثل أن يقول رجل ابتعت سلعة رخيصة فيقول له آخر ولنبا فيقول قد فعلت ثم يقول له هي دابة أو جارية أو ثوب ابتعته بكنا لان هذا العقد مبني على المكارمة فقد عر عن الغرر لان المبتاع الذي جهل صفته لا يلزمه البيع والبائع الذي لزمه البيع عالم به ومكرم له (مسألة) فأما بيع الغائب البعيد الغيبة بصفة البائع أو غيره فانه جائز فان كانت الصفة على ما وصفت لزم المبتاع والا كان له الخيار ومنع الشافعي بيع ما لم ير وسند كره بعد هذا ان شاء الله (فرع) اذا ثبت جواز بيع الأعيان الغائبة فقد اختلف قول مالك في ضمانها قبل القبض فقال أولا هي من المبتاع الآن يشترط ذلك على البائع وبه قال مطرف وابن وهب ثم رجع فقال هي من البائع الآن يشترط ذلك على المبتاع وبه قال ابن القاسم وابن الماجشون ووجه القول الأول انه لم يبق فيه حق توفية فكان من المبتاع كالحاضر ووجه القول الثاني انه ممنوع من النقد فيه مخافة تغيره فكان من البائع كالجارية المباعة بالمواضعة (مسألة) وأما ما يجوز فيه النقد من الرباع وغيرها فقد روى ابن المواز عن مالك انها من البائع قال وله قول آخر انها من المبتاع وعليه أصحابنا أجمع هذا كله فيما ليس فيه من توفية بعدد أو كيل أو وزن أو ذرع في أرض أو غيرها وما كان فيه حق توفية من ذلك فهو من ضمان البائع حتى يوفيه كالحاضر (فرع) واذا قلنا انه يجوز النقد في الرباع الغائبة اذا بيعت بوصف فاما يجوز ذلك في بيعت بوصف غير البائع فأما اذا بيعت بوصف البائع ففي العتية لا يجوز ذلك ووجهه انه قد يزيد في الصفة لينتفع بالثمن الى وقت رؤية المشتري لها ولما كان هذا الشراء معتادا وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد (فصل) وقوله ولا بأس بذلك اذا كان مضمونا موصوفا يريدى السلم وهو أن يكون البيع في ذمة البائع بصفة معلومة الى أجل معلوم فان ذلك الغائب الذي يجوز فيه النقد حيوانا كان أو غيره

﴿ بيع الحيوان باللحم ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن زيد بن أسلم عن سعيد
ابن المسيب أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع الحيوان باللحم
* وحدثني عن مالك عن
داود بن الحصين أنه سمع
سعيد بن المسيب يقول
من ميسر أدل الجاهلية
بيع الحيوان باللحم بالشاة
والشاتين * وحدثني عن
مالك عن أبي الزناد عن
سعيد بن المسيب انه كان
يقول نهى عن بيع
الحيوان باللحم قال أبو
الزناد فقلت لسعيد بن
المسيب أرايت رجلا
اشترى

﴿ بيع الحيوان باللحم ﴾

ص * مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم * مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية يبيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين * مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول نهى عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرايت رجلا اشترى

شارفا بعشر شياء فقال سعيدان كان اشتراها لينحرها فلا خير في ذلك قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهد العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون عن ذلك ❦ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان باللحم يقتضى تحريمه وإبطال ما وقع منه وبه قال مالك والشافعي وجهور الفقهاء وقد قال أبو الزناد أن كل من أدركت كان ينهى عن ذلك وأجاز أبو حنيفة بيع الحيوان باللحم والدليل على صحة ما نقله حديث ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم وهذا الحديث وإن كان مرسلا فقد وافقنا أبو حنيفة على القول بالمرسل ودليلنا من جهة القياس أن هذا جنس يجري فيه الربا والر بيع الشيء باصطه الذي فيه منه فلم يجز ذلك كالزيت بالزيتون والشبرج بالسهم (مسئلة) إذا قلنا أنه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان فاما ذلك في اللحم النىء وأما المطبوخ فروى ابن الموزان أن أتهب كرهه وأجازه ابن القاسم وهو أحب إلينا (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالحيوان على ثلاثة أجناس ذوات الأربع التي هي مباحة الأكل كلها جنس والطير كله جنس والحياتان كلها جنس وأما الجراد فروى عن مالك أنها جنس رابع روى ذلك الشيخ أبو القاسم وروى عنه في المدونة أنه قال ليست بلحم وإنما يمنع بيع اللحم بالحيوان من جنسه فلا يجوز بيع لحم ضأن ولا معز بشئ من الحيوان ذوات الأربع وحشيتها وأنسبها ويجوز بيع لحم ذوات الأربع بحى الطير وحى الطير بلحم الحياتان قال ابن القاسم ولم أر عند مالك تفسير حديث النبي صلى الله عليه وسلم في اللحم بالحيوان إلا من صنف واحد لموضع المزابة وذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ولا من غير جنسه من الطير وذوات الأربع والدليل على صحة ما نقله أن ما يجري فيه الر بيع فيه الجنس كالحبوب والأثمار (فرع) وهذا فيما كان أكله مباحا وأما ما حرم أكله فلا يمنع من ذلك لأنه ليس مما يجعل أكله فيقال إن فيه من جنس هذا اللحم وأما المكروه مما جرت العادة بأكله منع من بيعه بلحم جنسه كالحمر والثعلب والضبع فهذا لا يجوز بيعه بلحم ذوات الأربع لأنه مما جرت العادة للعرب بأكله مع أنه لا منفعة فيها غير اللحم وأما الخيل والبغال والحمير فقد قال مالك لا بأس بها باللحم نقداً وإلى أجل لأن ذلك لم تجر العادة بأكله ولأن منافعتها المقصودة منها غير الأكل

❦

(مسئلة) وإذا كان الحيوان مما لا يقتنى لحكمه حكم اللحم في بيعه بالحيوان مثل طير الماء الذي لا يدخر ولا يتخذ فانه لا يجوز بيعه بدجاج ولا أوز هذا مذهب ابن القاسم وأجاز ذلك أشهب وجه قول ابن القاسم أنه حيوان لا يصلح اقتناؤه واتخاذها داجنا فلم يجز بيعه بالحيوان كالكسبر الذي لا يحيا ووجه قول أشهب أنه حيوان على الصفة التي يحيا ويتناسل عليها غالباً فجاز بيعه بحيوان من جنسه كالداجن (فرع) فإذا قلنا أن حكمه حكم اللحم فما الحال التي يثبت له ذلك فقال محمد لا خير في بيع الشارفي والكسبر بالحي وقال مالك وليس كل شارف سواء وإنما ذلك في الذي قد شارف الموت وقال في المدونة وما لا منفعة فيه إلا اللحم وأما الشارفي الذي يقبل ويدبر ويرجع فلا (فرع) وهل يكون ما يرجع فيه صوف حكمه حكم اللحم قال أشهب ليس التيس الخصى كاللحم بخلاف الشارفي والكسبر وقال ابن نافع وأصبغ في الموازنة أن الكسب الخصى والتيس الخصى ليس حكمهما حكم اللحم يريدان التيس الخصى والكسب الخصى يتخذان للسمن والزيادة في اللحم وحكمهما حكم الحي مع جنسه وقد قال ابن القاسم لا خير في لحم بشاة إلى أجل إذا لم يكن فيها منفعة اللبن ولا صوف وإن استحييت للسمن قال أصبغ إذا كان مثلهما يقتنى بالرعى للسمن فلا بأس

بذلك فيها وقد روى عن ابن القاسم لا يجوز ذلك في الكبش الخصى لأنه لا يقتنى للعجلة المقصودة وهي في الذكور الفعلة وفي الإناث الدر والنسل جائز ووجه الرواية الثانية أن ما ذكره من الصوف والسمن منافع في الحيوان لا يوجد فيه إلا بعد حال حياته فإذا كانت فيه كان حكمه حكم الحي مع الحي وقال أشهب وأصبغ كانت فيه منافع أو لم تكن فراعى جواز حياته وأمكن بقاءه والله أعلم (مسئلة) وإذا ثبت ذلك قلنا أن حكم هذا الحيوان الذي لا يستحيا حكم اللحم فإنه لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه وهل يجوز بيعه باللحم أم لا فاختلف فيه قول مالك فنع منعه مرة وهو قوله في المدونة وخففه أخرى في كتاب محمد وغيره فوجه كراهيته تناول النهي عن بيع اللحم بالحيوان له لأنه حتى تعذر بقاءه لأن حكمه حكم اللحم فيتعذر التماثل بينه وبين اللحم الآخر ووجه تخفيفه أنه لم يرى فجاز بلحم آخر من جنسه بدا بيد (فرع) وإذا قلنا أن ذلك يجوز تماثلاً فإن التماثل يكون فيه بالتحري لأنه لا يوصل فيه إلى معرفة التماثل إلا بالتحري وإنما يبنى ذلك على ثلاثة أصول أحدها جواز بيع هذا النوع من الحيوان باللحم والثاني جواز التحري في العوضين من جنس واحدما يحرم فيه التفاصيل والثالث صحة التحري في الحي وفي كل واحد من هذه الأصول الثلاثة الخلاف في المذهب والله أعلم

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾

اللحم الذي يعتبر فيه التساوي أو التفاضل هو اللحم على هيئته التي يستعمل عليها في بيع وطبخ وغير ذلك مما يستعمل عليه من عظم وغيره ما لم يكن العظم مضافاً إليه وذلك كنوى الترح حكمه حكم التمر ما لم يكن مضافاً إليه والله أعلم (مسئلة) وأما الكرش والكبد والقلب والرئة والطحال والكليتان والحلقوم والشحم والخصيتان والرؤس والأكارع فلا يصلح شيء من ذلك باللحم الأمثلة بمثل قاله ابن القاسم في المدونة قال وما علمت مالكا كره أكل الطحال ولا بأس به وإذا ثبت ذلك من قوله فيجب أن يكون حكمه حكم اللحم أيضاً والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في لحم الأبل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش أنه لا يشتري بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن بدا بيد ولا بأس به وإن لم يوزن إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل بدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال أنه الأمر المجتمع عليه عند أهل المدينة أن لحم ذوات الأربع يحرم في التفاضل ولحم الطير جنس آخر يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه وبين لحم ذوات الأربع ولحم الحيتان جنس ثالث يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه وبين الجنسين الأولين والأمر في الجراد على ما تقدم من اختلاف قول مالك أحدهما أنه جنس رابع والثاني ليس بلحم وقد روى في المختصر عن أشهب لا بأس بالجراد متفاضلاً فأخرجه بذلك عن أن يكون مقتاناً ومدخراً وإذا جاز التفاضل فيه فإن يجوز بينه وبين غيره أولى واختلف قول الشافعي فمرة قال كل جنس من الحيوان بلحمه جنس مخصوص يجوز التفاضل فيه بينه وبين لحم غيره من الحيوان وهو قول أبي حنيفة غير أن أبا حنيفة يجعل البضئ والغراب جنساً واحداً والبقر والجواميس جنساً واحداً والضأن والماعز جنساً واحداً وقال الشافعي أيضاً أن اللحوم كلها جنس واحد لحوم ذوات الأربع ولحوم الطير ولحوم الحيتان والدليل على ما نقله ما قدمناه من مراعاة المنافع والأغراض وإذا كان وجه استعماله مخالفاً لوجه استعمال لحم الوحش وجب أن يكونا جنسين كلهم الحيتان ووجه آخر وهو أن أقد فرقنا بين أصول الأقوات وجعلناها أجناساً

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾
 • قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في لحم الأبل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش أنه لا يشتري بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن بدا بيد ولا بأس به وإن لم يوزن إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل بدا بيد

مختلفة باختلاف وجوه استعمالها فكذلك في مسئلتنا مثله وقد تقدم الكلام في نحوه فاجب أن تكون الأبل والبقر والغنم بنسب واحد التقارب وجوه استعمالها ولتسا كل صورها فان لذلك تأثيرا في الجنس على ما قدمناه في أجناس الحبوب ويجب أن يكون لحم الطير مخالفا لذلك لمخالفتها في وجه الاستعمال ومنافاتها لها في الصورة ولذلك فرقنا بينها وبين الحيتان والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فما حكمنا له من ذلك بالجنس الواحد حرم فيه التفاضل وما حكمنا له بالجنسين جاز بينهما التفاضل واعتبار التماثل في اللحم وكل موزون من الخبز الوزن وهل يجوز ذلك بالتحري روى ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها ان الخبز واللحم والبيض يجوز بيع بعضه ببعض تحريما دون كيل ولا وزن ولم يجز أبو حنيفة والشافعي التحري في ذلك والدليل على صحة ما نقوله ان هذا مما تدعو الحاجة الى قسمته ومبادلته في السفر دون الحضر وحيث لا توجد الموازين فجاز ذلك لضرورة عدمها مع الوصول بذلك الى التماثل قال القاضي أبو محمد من أحكامنا من أجاز له على الاطلاق ومنهم من أجاز له بشرط تعذر الموازين كالبرادى والاسفار وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بوجه والدليل على ما نقوله ان التحري في جهة لمعرفة الموزون كالوزن لمعرفة التماثل فأشبهت الوزن (فرع) وهذا في الموزون دون المكيل والمعدود وفي الواضحة عن مالك لا يجوز فيه التفاضل من الطعام غير الادام لما يجوز قسمته تحريا وكذلك السمن والعسل والزيت وانما تقسم وزنا وكيلامثلا بمثل ووجه ذلك أن ما لا يجوز التماثل فيه بالوزن فانه يجوز أن ينوب عنه فيه التحري لتعذر الموازين في كثير من الأوقات وما يجوز فيه الكيل والعدد فانه يجوز فيه التحري لا مكان ذلك في المعدود على كل حال وفي المكيل وان كان بغير الكيل المعهود (فرع) قال ابن القاسم وانما يجوز ذلك اذا أمكن التحري فيه لقلته ولقربه من غيره فاما اذا تعذر التحري فيه لكثرة فلا يجوز ذلك وقد روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك انما يجوز في قليل الخبز واللحم والبيض لان التحري يحيط به ولا خير في كثيره الا بالوزن (فرع) وهل يجوز ذلك في شاة مذبوحة كشاة مذبوحة قال ابن القاسم في المدونة لا يتأتى ذلك فيها الا بالتحري فان كانتا بجلديهما فلا بأس بذلك ان كان يستطيع ذلك فيهما غير مسلوختين قال سحنون لا يستطيع ذلك وقاله أصبغ ولم يعجب محمد بن المواز قول أصبغ وقد روى يحيى بن يحيى المنع من ذلك لانه لحم وجلد بلحم وجلد وهذا ليس بصحيح لان الجلد لحم يؤكل مسعوطا كسر امعتادا ومنع ذلك قوم من أصحابنا لانه لحم مغيب وهذا ليس بصحيح أيضا اذا قلنا ان الجلد لحم ولو لم نقله لكان قدرى بعضه في مذهبه فاذا جازنا ذلك فكان يخرج منه ان هذا المقدار مما يجوز فيه التحري (فرع) وهل يجوز ذلك في الحى في الواضحة لا يباع ما لا يقنى من الوحش والطير بجزء من صنفه الا تحريما مثلا بمثل رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية في الجلد يجوز التحري في الحى وفي الموازنة كره ابن القاسم ما لا يحيا من الطير باللحم تحريا قال أصبغ لانه حى بعد فيحتمل أن يريده انه يدخله اللحم بالحيوان وهو الأظهر ويحتمل أن يريده تعذر التحري في اللحم الحى ويحتمل أن يريده تعذر التحري فيهما لا اختلافا فيهما بالحياة والموت وقد تقدم من قول مالك انه يجوز بيع الشارف المكسور باللحم ولم يراع شئ من ذلك (فرع) واختلف قول مالك في منع المجفوف والنى بالتحري في المدونة انه لا يجوز اللحم النى بالقيدي وان تحري فيه التماثل لانه لا يبلغ التماثل فيه وقد ذكرناه أجازة ثم رجع وكذلك النى بالمكسور وكذلك اللحم المشوى بالنى فوجه الاباحة انه لحم فجاز فيه التحري مع اختلاف حاله أصل ذلك الحى والمذبوح ووجه المنع ان اختلاف

ما يجب فيه التماثل بالجوف والرطوبة يمنع التحرى فيه كالعنب بالزبيب والرطب بالتمر ص **قال**
مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم البقر والابل والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد
وأكثر من ذلك يدايد فان دخل ذلك الأجل فلا خير فيه **قال** مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة
للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى بأساً أن يشتري بعض ذلك ببعض متفاضلا يدايد ولا يباع شيء
من ذلك إلى أجل **ش** وهذا على ما قال لحم الحيتان وإن كان من غير جنس ذوات الأربع لما
قلناه ويجوز بينهما التفاضل فإنه لا يجوز بينهما الأجل خلافاً لأبي حنيفة والدليل على ما نقوله أن
كل شئين جمعتهما واحدة في الربا فإنه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسا كالذهب والورق
(مسئلة) وهكذا حكم اللحم بالحيوان الذي حكمه حكم اللحم كالشمارف والكسبر لا يجوز بيع
أحدهما بالآخر من جنسه ولا بشئ من الطعام إلى أجل رواه عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك
أنه إذا لم يكن فيه منفعة غير اللحم فإن حكمه حكم اللحم وهو طعام فلا يجوز بطعام من جنسه ولا من غير
جنسه إلا يدايد وكان يجب على هذا أن لا يجوز الحيوان بعضه ببعض إذا لم تكن فيه منفعة غير
اللحم إلا يدايد من جنس واحد كأننا أو من جنسين لكنه أثرت الحياة فيها لما تساوى الغرضان فيها
ما أثر التساوى في بيع الزيتون بالزيتون حبا وإن لم يعلم أن ما فيه من الزيت متماثل ولا يجب بيع
الزيتون بالزيت لأنه يعلم أن ما في الزيتون من الزيت مساوٍ للزيت المنفرد ولما أثر في ذلك التماثل
جاء أن يؤثر في التقابض في المجلس

ما جاء في ثمن الكلب

ص **قال** مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي مسعود الأنصاري
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن يعني بمهر البغي
ماتعطاء المرأة على الزنا وحلوان الكاهن رشوته وما يعطى على أن يتكاهن **قال** مالك أكره ثمن
الكلب الضاري وغير الضاري لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب **ش** نهى صلى
الله عليه وسلم عن ثمن الكلب يحتمل أن يريد به ثمن الكلب المنهى عن اتخاذه فيتناول نهيه البائع عن
أخذ ثمنه والانتفاع به وهذا يمنع نفعه وأما الكلب المباح اتخاذه وهو كلب الماشية والحريث والصيد
فاختلف فيه قول مالك فثبت أن بعض أصحابه أنه يجوز بيعه وقال سحنون يجوز أن يبيع بثمنه وقاله
ابن كنانة وبه قال أبو حنيفة وروى عنه ابن القاسم أنه كره بيعه وهى رواية الموطأ وجه القول
الأول ما روى أبو صالح وابن سيرين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتنى كلباً
فإنه ينقص من عمله كل يوم قيراط إلا كلب غنم أو حرث أو صيد فأباح اتخاذه ما استثنى منها وإذا أباح
اتخاذه جاز بيعه كسائر الحيوان وجه الرواية الثانية الحديث المتقدم أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن
ثمن الكلب وهذا عام فيعمل على عموم (فرع) فإذا قلنا بالمنع من بيع الكلب الضاري فقد قال
القاضي أبو محمد أن أصحابنا اختلفوا في ذلك فمنهم من قال هذا مكروه ويصح ومنهم من قال لا يجوز وبه
قال الشافعي فمن قتله على الوجهين فعليه لصاحبه قيمته عند مالك وقال الشافعي لا قيمة عليه والدليل
على ما نقوله أن هذا حيوان أبيع الانتفاع به فإذا لم يجز بيعه كان على مستهلكه قيمته كأم الولد
(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وعن مهر البغي يريد ماتعطاء الزانية من استباحها وحلوان
الكاهن وهو ما يعطاه الكاهن لتكهنه لأنه أكل المال بالباطل ولأن التكهن محرم وما حرم

قال مالك ولا بأس بلحم
الحيتان بلحم الابل والبقر
والغنم وما أشبه ذلك من
الوحوش كلها اثنين بواحد
وأكثر من ذلك يدايد
فإن دخل ذلك الأجل فلا
خير فيه **قال** مالك
وأرى لحوم الطير كلها
مخالفة للحوم الأنعام
والحيتان فلا أرى بأساً
بأن يشتري بعض ذلك
ببعض متفاضلا يدايد
ولا يباع شيء من ذلك إلى
أجل

ما جاء في ثمن الكلب
ش حدثني يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن أبي
بكر بن عبد الرحمن بن
الحارث بن هشام عن أبي
مسعود الأنصاري أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن ثمن الكلب
ومهر البغي وحلوان
الكاهن يعني بمهر البغي
ماتعطاء المرأة على الزنا
وحلوان الكاهن رشوته
وما يعطى على أن يتكاهن
قال مالك أكره ثمن
الكلب الضاري وغير
الضاري لنهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن ثمن
الكلب

السلف ويبيع العروض بعضها ببعض

السلف ويبيع العروض

بعضها ببعض

* حدثني يحيى عن مالك

انه بلغه أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم نهى عن

بيع سلف * قال مالك

وتفسير ذلك أن يقول

الرجل للرجل آخذ سلعك

بكذا وكذا على أن تسلفني

كذا وكذا فان عقدا يبيعهما

على هذا الوجه فهو غير

جائز فان ترك الذي اشترط

السلف ما اشترط منه كان

ذلك البيع جائزا * قال

مالك ولا بأس أن يشتري

الثوب من الكتان

ص * مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع سلف * قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا يبيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فان ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا * قال مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع سلف لانعلم له اسنادا صحيحا وأشبهها ما روى أبو بكرة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع سلف وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك وتلقى الأئمة بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه وذلك يقوم له مقام الاسناد ووجه ذلك من جهة المعنى ان القرض أنه ليس من عقود المعاوضة وانما هو من عقود البر والمكرمة فلا يصح أن يكون له عوض فان قارن فقد فرض عقد معاوضة وكان له حصة من العوض فيخرج من مقتضاه فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة ووجه آخر وهو انه ان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض وما نفاذه غير لازم للقرض وان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة كالاجارة والنكاح لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافي حكميهما

(فصل) قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل يعني ثوبا بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا يبيعهما على هذا فهو غير جائز فان أدركت السلعة قبل أن يقبضها المبتاع أو بعد ما قبضها وقبل أن تقوت عنده وقبض البائع على الثمن فان البيع ينقض وترد السلعة قاله ابن حبيب وسحنون ويجب أن يرد البيع والسلف جميعا وذلك أن مغيب البائع على الثمن يتم به فساد العقد لانه قد وجد بذلك السلف الذي أفسد العقد وما لم يقبضه لم يوجد المعنى المفسد للعقد (مسألة) فان فأت السلعة عند المشتري ولم يقبض السلف وكان مشترط السلف هو المبتاع فعليه الأقل من القيمة أو الثمن وان كان مشترطه البائع فله الأكثر من القيمة والثمن قاله ابن حبيب وسحنون ووجه ذلك أن مشترط السلف حجته أن يقول لولا ما اشترطته من السلف ما رضيت بذلك الثمن وقال أصبح في غير كتاب ابن حبيب ان اشترط البائع السلف فله القيمة ما لم يجاوز الثمن والسلف وان اشترط المبتاع السلف فعليه الأقل ما يبلغ (مسألة) ولو كانت السلعة عند البائع أو بيد المبتاع قائمة ولم يغيب المقرض على القرض فالمشهور من مذهب مالك أن مشترط القرض ان تركه صح البيع وحكى الشيخ أبو بكر أن بعض المدنيين روى عن مالك انه لا يصح البيع وان ترك القرض قال وهو القياس وبه قال أبو حنيفة والشافعي قال الشيخ أبو بكر ووجهه ان البيع قد فسد عقده باشتراط السلف كالبيع في الخمر والخنزير وقد فرق بينهما القاضي أبو اسحاق بان من باع من رجل ثوبا بدرهم وخره وخنزيرا فقال أنا أدع الخمر ان البيع مفسوخ عند مالك قال لان مشترط السلف محبر في أخذه وتركه ومشترط الخمر غير محبر يوازن مسألة السلف أن يقول أبيعك الثوب بمائة دينار على أن شئت أن تزيدني زق خمر زدتنى وان شئت تركته ثم ترك زق خمر جاز البيع ولو أخذه فسد البيع والذي قال القاضي أبو اسحاق كلام صحيح وذلك ان القرض مبنى على انه متعلق باختيار المقرض والمبيع ليس معلقا على اختياره بل يلزم مشتريه قبضه ويجبر على ذلك وقد أنكر هذا القول عليه بعض من رأى قوله ولم يفهمه ص * قال مالك ولا بأس أن يشتري الثوب من الكتان

أو الشطوى أو القصبى بالأثواب من الاتريبي أو القسى أو الزيقة أو الثوب المروى أو المروى بالملاحف
اليمانية والشقائق وما أشبه ذلك الواحد بالاثنتين أو الثلاثة يدايد أو إلى أجل وان كان من صنف
واحد فان دخل ذلك نسيتة فلا خير فيه * قال مالك ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه فاذا أشبه
بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد إلى أجل وذلك أن يأخذ الثوبين من
المروى بالثوب من المروى أو القوهى إلى أجل أو يأخذ الثوبين من الفرقى بالثوب من الشطوى
فاذا كانت هذه الأجناس على هذه الصفة فلا يشتري منها اثنان بواحد إلى أجل قال مالك ولا بأس أن
تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا انتقدت منه * ش قوله لا
بأس بالثوب من الكتان من الشطوى أو القصبى بالأثواب من الاتريبي أو القسى أو الزيقة يريد أن
رفيق الكتان وهى الشطوية وما أشبهها من القصبى والفرقى والقسى لأبأس به بغليظ ثياب
الكتان وهى الاتريبي وما أشبهه من القسى والزيقة والمريسية إلى أجل وأصل ذلك ان ما اختلف في
جنسه من الثياب يجوز بيعه بما خالفه في جنسه إلى أجل لا يجوز ذلك فيما كان من جنسه وانما يختلف
جنسها بالركة والغلظ لانها المنفعة المقصودة منها وكذلك القطن رقيقه وهو المروى والمروى والقوهى
والعدنى جنس مخالف لغليظه وهى الشقائق والملاحف اليمانية الغلاظ ذلك ذلك كله ابن القاسم في
المدونة وغيرها وفي الواضحة أن ثياب القطن صنف وان اختلفت جودتها وأثمانها وبلدانها وكانت
هذه عمامة وهذه أردية وشقق لتقارب منافعها قال الاما كل من وشى القطن والصنعانى والسعيدى
والعصب والخير والمشطب والمسير وشبهه ولا بأس به فبياض ثياب القطن متفاضلا إلى أجل وما
اختلف أيضا في الرداءة والجودة والغلظ والركة فتباين وتباعد في نفعه وجماله فانه ما صنفان يجوز
فيهما التفاضل إلى أجل فجعل اختلاف الجنس بمعنيين بالصبغ على الوجه الذى ذكره بالركة
والغلظ ولم يذكر الاختلاف بالصبغ وانما ذكره بالركة والغلظ لان ثياب الكتان لم تكن هناك
تستعمل على هذا الوجه وأما ثياب الحرير فصنف وان اختلفت أثمانها وجودتها وصنعها من أردية
وأخرة وغيرها وكذلك ثياب الخز وثياب الشقيق الاثياب وشى الحرير فلا بأس بها بثياب بياض
الحرير واحداً اثنين إلى أجل فجعل الصنف في الحرير يختلف بالصبغ والبياض ولم يذكر اختلافه
بالركة والغلظ وثياب الحرير صنف لأن يختلف في الغلظ والركة وثياب الصوف والمرعزاء كلها صنف
وان اختلفت البلدان والتمن فلا يجوز كساء مرعز بكساءين من الصوف إلى أجل ولا بالجباب ولا
مساسارى بمصرين حتى تختلف أنواع صنفها مثل الطيقان الطرازية بالجيب المرعزية ومثل
القطن بالبسط فيجوز متفاضلا إلى أجل وكذلك ثياب تتباين في الرقة فيجوز ذلك فيها (مسئلة)
فما صنف في خلافه مثل ثوب قطن في ثياب كتان أو صوف أو وشى أو حرير أو خز واحداً اثنين إلى
أجل فلا بأس به وان تساوت في الجمال والركة لا اختلاف أصوله قال ذلك كله ابن حبيب في واضحته
وقد غلط في ذلك بعض من فسر الموطأ فتأول عليه انه جعل الكتان والقطن صنفاً واحداً وليس
في اللفظ ما يقتضى ذلك والله أعلم وقد قال فضل في مختصر المدونة ابن القاسم يجعل ثياب القطن
صنفاً وثياب الكتان صنفاً آخر وأشهب يجعلها صنفاً واحداً

(فصل) وقوله ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه يريد مما تقدم من الجنس بالركة والغلظ وفي
بعضها بالصبغ على الوجه المذكور وأما اذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يجوز فيه
التفاضل مع الأجل يريد مثل قولنا العدنى والمروى والمروى فانه قد اختلفت أسماء ذلك ولا يجوز فيها

أو الشطوى أو القصبى
بالأثواب من الاتريبي أو
القسى أو الزيقة أو الثوب
المروى أو المروى
بالملاحف اليمانية والشقائق
وما أشبه ذلك الواحد
بالاثنتين أو الثلاثة يدا
يدايد أو إلى أجل وان
كان من صنف واحد فان
دخل ذلك نسيتة فلا خير
فيه * قال مالك ولا يصلح
حتى يختلف فيبين اختلافه
فاذا أشبه بعض ذلك بعضا
وان اختلفت أسماؤه فلا
يأخذ منه اثنين بواحد إلى
أجل وذلك أن يأخذ
الثوبين من المروى أو
بالثوب من المروى أو
القوهى إلى أجل أو يأخذ
الثوبين من الفرقى
بالثوب من الشطوى
فاذا كانت هذه الأجناس
على هذه الصفة فلا يشتري
منها اثنان بواحد إلى أجل
* قال مالك ولا بأس أن
تبيع ما اشتريت منها قبل
أن تستوفيه من غير صاحبه
الذى اشتريته منه اذا
انتقدت منه

﴿السلف في العروض﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف في سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أنه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ولو اشتراها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه أنه باعها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً فلف في سلف فيه إلى أجل فحل الأجل فإن المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي يبيع شيئاً من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلف فيه قبل أن يقبض ماسلفه فيه وذلك أنه إذا فعله فهو الرابح المشتري أن أعطى الذي باعه دنائراً أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر ماسلفه فيها فصار أن رد إليه ماسلفه وزاده من عنده * ش فوله عن رجل سلف في سبائب قال مالك السبائب غلائل ثمانية فقال ابن عباس فممن باعها قبل أن يقبضها ذلك الورق بالورق وكره ذلك وقال مالك إن معنى ذلك أنه أراد أن يبيعها من بائعها منه بأكثر من الثمن الذي دفع إليه فيها فيدخله الورق بالورق متفاضلاً ويحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس ويحتمل أن يريد به ما يحتمله اللفظ المروى في ذلك مما هو الصواب عنده وقد قال عيسى سألت ابن القاسم عن رجل مالم يضمن فقال ذكر مالك أنه يبيع الطعام قبل أن يستوفي لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي فربحه حرام قال وأما غير الطعام العروض والحيوان والثياب فإن ربحه حلال لا بأس به لأن يبيعه قبل استيفائه حلال ومن كتاب محمد أن من ربح مالم يضمن أن يبيع لرجل شيئاً بغير أمره ثم يبتاعه منه وهو لا يعلم يبعك بأقل من الثمن وكذلك يبعك ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتى تعلم البائع ويشهد أنك رضيت به فان لم تعلمه فربحه للبائع وإن قلت بعت بعد أن اخترت صدقت مع يمينك وكذلك الربح (مسئلة) وأما ما خلا المطعوم فإنه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه سواء كان فيه حق توفية من عدد أو كيل أو لم يكن فيه حق توفية كالثوب المعين وقال أبو حنيفة كل ما ينقل ويحول فإنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وكل ما لا ينقل ولا يحول من الدور والأرضين وما أشبهها فإنه يجوز بيعه قبل استيفائها وقال الشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك قبل استيفائه وتعلق شيوخنا في ذلك بأن المطعوم بالناس حاجة إليه فكان الاحتياط فيه واجباً * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه كان المستعمل في البيع قبل استيفائه المسبب به إلى الدرهم بالدرهم حين ورود النهي فاخص الحكم بذلك والله أعلم والدليل على ذلك قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وهذا

التفاضل مع الأجل لتقارب المنفعة التي في معنى الجنس ومذهب أبي حنيفة يقرب من مذهب مالك في ذلك وهو قول النخعي وجوز الشافعي التفاضل مع التساوي في الصنف الواحد وهو قول سعيد ابن المسيب قال أبو الزناد خالف الناس كلهم سعيد بن المسيب في قوله لا بأس بقبضية بقبضتين من صنف واحد إلى أجل وقد تقدم بيان ذلك فيما تقدم من ذكر الحيوان وقال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الشطوي ما عمل بشطاً وهو من السكتان والأتريبي ما عمل بقرية من قرى مصر يقال لها أتريب والنسي بالقس كورة من كور مصر والزيقة ما عمل بصعيد مصر وهي ثياب غليظة وألمانية ما كان من هذه البرود والصناعات كلبه والشقائق من الأبراد الصفاق الضيقة

﴿السلف في العروض﴾

ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف في سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم أنه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ولو اشتراها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً فلف في سلف فيه إلى أجل فحل الأجل فإن المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي يبيع شيئاً من الذي اشتراه منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً فلف في سلف فيه إلى أجل فحل الأجل فإن المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي يبيع شيئاً من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلف فيه قبل أن يقبض ماسلفه فيه وذلك أنه إذا فعله فهو الرابح المشتري أن أعطى الذي باعه دنائراً أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر ماسلفه فيها فصار أن رد إليه ماسلفه وزاده من عنده * ش فوله عن رجل سلف في سبائب قال مالك السبائب غلائل ثمانية فقال ابن عباس فممن باعها قبل أن يقبضها ذلك الورق بالورق وكره ذلك وقال مالك إن معنى ذلك أنه أراد أن يبيعها من بائعها منه بأكثر من الثمن الذي دفع إليه فيها فيدخله الورق بالورق متفاضلاً ويحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس ويحتمل أن يريد به ما يحتمله اللفظ المروى في ذلك مما هو الصواب عنده وقد قال عيسى سألت ابن القاسم عن رجل مالم يضمن فقال ذكر مالك أنه يبيع الطعام قبل أن يستوفي لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفي فربحه حرام قال وأما غير الطعام العروض والحيوان والثياب فإن ربحه حلال لا بأس به لأن يبيعه قبل استيفائه حلال ومن كتاب محمد أن من ربح مالم يضمن أن يبيع لرجل شيئاً بغير أمره ثم يبتاعه منه وهو لا يعلم يبعك بأقل من الثمن وكذلك يبعك ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتى تعلم البائع ويشهد أنك رضيت به فان لم تعلمه فربحه للبائع وإن قلت بعت بعد أن اخترت صدقت مع يمينك وكذلك الربح (مسئلة) وأما ما خلا المطعوم فإنه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه سواء كان فيه حق توفية من عدد أو كيل أو لم يكن فيه حق توفية كالثوب المعين وقال أبو حنيفة كل ما ينقل ويحول فإنه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وكل ما لا ينقل ولا يحول من الدور والأرضين وما أشبهها فإنه يجوز بيعه قبل استيفائها وقال الشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك قبل استيفائه وتعلق شيوخنا في ذلك بأن المطعوم بالناس حاجة إليه فكان الاحتياط فيه واجباً * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه كان المستعمل في البيع قبل استيفائه المسبب به إلى الدرهم بالدرهم حين ورود النهي فاخص الحكم بذلك والله أعلم والدليل على ذلك قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وهذا

* قال مالك من سلف ذهباً أو ورقاً

(٣٢)

في حيوان أو عروض إذا كان موصوفاً إلى

أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشتري تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغاً ما بلغ ذلك العرض إلا الطعام فانه لا يحل أن يبيعه قبل أن يقبضه والمشتري أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذي ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لأنه إذا أخر ذلك فبحر ودخله ما يكره من الكالي بالكالي والكالي بالكالي والكالي بالكالي أن يبيع الرجل ديناله على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف في سلعة إلى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشتري يبيعها بمن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذي اشتراها منه ولا ينبغي له أن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كان مالاً لم يحل فلا بأس بأن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره

عام فحمل على عمومه ودليلنا على أبي حنيفة أن هذا ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كمنافع الاعيان في الاجارات ودليل آخر انه ازاله ملك فجاز قبل القبض كالعتق (مسئلة) وقول مالك وهو الامر عندنا فمن سلف في رقيق أو عروض فان المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي عليه باكثر من الثمن الذي سلف فيه قبل أن يقبضه منه يريد مادام في ذمته وقبل استيفائه منه لانه يكون حينئذ قد دفع اليه ديناراً وأخذ منه ديناراً وأما ما باعه منه بمثل الثمن الذي اشتراه به منه أو أقل من ذلك فانه لا بأس به لانه في بيعه بمثله يعود الى معنى القرض فاذا باعه بأقل من الثمن بعد عن التهمة لان مثل هذا لا يفعل لا يقصد أحد أن يسلف دينارين في دينار واحد (مسئلة) ويجوز أن يبيعه منه بغير العين بكل ما يجوز أن يسلم في المسلف فيه قال في المدونة ان كانت ثياباً فربقية فلا بأس أن يبيعها قبل الاجل بثياب قطن مروة أو هروية أو حيوان فجعل القرية وهي من رقيق الكتان من غير جنس ثياب القطن الرقيقة لاختلافها في جنس الأصل وسيتم بعد هذا الكلام في هذه المسئلة ان شاء الله تعالى ص * قال مالك من سلف ذهباً أو ورقاً في حيوان أو عروض إذا كان موصوفاً الى أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشتري تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغاً ما بلغ ذلك العرض إلا الطعام فانه لا يحل أن يبيعه قبل أن يقبضه والمشتري أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذي ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لأنه إذا أخر ذلك فبحر ودخله ما يكره من الكالي بالكالي والكالي بالكالي والكالي بالكالي أن يبيع الرجل ديناله على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف في سلعة إلى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشتري يبيعها بمن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذي اشتراها منه ولا ينبغي له أن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كان مالاً لم يحل فلا بأس بأن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره

باتفاق (مسئلة) فان كان ما يأخذ بما يمكن قبضه لوقت كالتوب فلا يجوز أن يؤخره به الا مثل ذهابه الى البيت واما أن يفارقه ويطلبه فلا يجوز ذلك لانه يدخله فسخ دين في دين ووجه ذلك انه كان له عليه حيوان مضمون في ذمته فنقله الى توب مضمون في ذمته (فرع) وان تفرق قبل القبض فسخ البيع ان عملا على ذلك أو كانا من أهل العينة فان لم يكونا كذلك فليحل عليه حتى يأخذ منه حقه قاله أشهب في كتاب محمد (مسئلة) اذا ثبت أن تعجيل القبض من شرط هذا العقد فان كان الثمن طعاما أو غيره فلا يجوز أن يؤخره به الا قدر ما يأتي في مثله بجمال بحمله قاله ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان مما يكال فيه الأيام والشهر لم يكن بذلك بأس اذا شرع فيه لان هذه صفة القبض المعجل ولا يمكن أكثر من ذلك (مسئلة) واذا أخذ من دينه سكنى دار أو زراعة أرض مأمونة أو عملا بحمله له فقد منع ذلك ابن القاسم وجوزة أشهب وكلاهما روى قوله عن مالك وجه القول الأول ان ذمة الذي عليه الدين قد تعلقت به على الصفة التي هو عليها فاذا عارض منه سكنى دار لم تبرأ ذمته من الدين الا باستيفاء مدة السكنى فانتقلت ذمته عما كانت عليه الا أن يكون الهاجر تقبا ان استوفيت مدة السكنى برئت وان منع من ذلك مانع رجع عليها بقية الدين فصارت مشغولة على غير الوجه الذي كانت عليه مشغولة وذلك من فسخ الدين بالدين لان معنى فسخ الدين في الدين أن يشغل الذمة على غير ما كانت عليه مشغولة به ولذلك قال لا يجوز أن يأخذ بدينه ثمرة قد بدد اصلها ويتأخر جذاذها ووجه قول أشهب ما احتج به من أن قبضه لرقبة الدار بمنزلة قبضه لمنافعها والله أعلم (مسئلة) ومن أسلم الى رجل في توب ثم زاده على أن يزيد في طوله فلا بأس بذلك الى أجل الأول لانه سلم بعد سلم وسواء كان المسلم اليه حائكا أو غيره قاله مالك فان زاده على أن يزيد في الصفاقة والطول في كتاب محمد لا يجوز ذلك لانه قد نقله الى صفة أخرى فاشترى الصفة الثانية بالاولى والزيادة وان زاده على أن يزيد في العرض

(فصل) وقوله ولشترى أن يبيع تلك السلعة من غير البائع بما شاء من ذهب أو ورق أو عرض في هذا فصلان أحدهما في مراعاة ما سلم من رأس المال والثاني في مراعاة ما باع من المسلم فيه فأما رأس المال فلا يراعى مع بائع أجنبي فيجوز أن يسلم دنائير ويبيع بورق أو غير ذلك لانه لا يراعى في البيع من زيد ما يتبع من عمر وكبيع النقد وأما المسلم فيه فانه يجب أن يكون ما باع به مما لا يجوز أن يسلم في المبيع المسلم فيه والا دخله الفساد لان ما يأخذ من الثمن عوض لما يبيع من المسلم فيه ويدخل بيعهما التأخير فيفسد ذلك ما يفسد السلم

(فصل) وقوله يقبض ذلك ولا يؤخره لانه اذا أخره قبض ودخله الكال بالكال بمعنى ذلك انه اذا أخر المسلم المتبايع منه بشئ ما باعه منه من المسلم فيه دخله الكال بالكال لأنه باع ما هو كال على المتبايع منه وتبقى الذمتان مشتغلتين بالعوضين وذلك فاسد كالتأجيل العوضان على البائع والمشتري وهذه البياعات غير جائزة عند أبي حنيفة والشافعي لانه لا يجوز عندهما بيع ما ينقل ويحول قبل قبضه

(فصل) وقوله والكال بالكال أن يبيع الرجل دينه على رجل بدنه له على رجل آخر يريد ما ذكرناه من ان يبيع دينه على رجل من رجل آخر بعرض يؤخره عليه وانما معنى بذلك أن هذا من جملة الكال بالكال لأن هذا هو جميع ما يقع عليه الاسم بل يبيع توب الى أجل بحيوان على بائعه الى أجل أدخل في باب الكال بالكال والله أعلم (مسئلة) فاذا بيعت دينك على

رجل بمثل على غيره لم يجز تأخيرها أيضا الا اليوم واليومين فقط وفي كتاب محمد ومن وليته طعاما
أو عرضا في ذمة رجل فلا يجوز أن يؤخره بالثمن يوما ولأقل منه وهو كالصرف قال محمد وأما في
الطعام أو فيما باعه من صاحبه فكما قال فأما غير الطعام يبيعه ممن هو عليه فيجوز أن يؤخره بالثمن
اليوم واليومين قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن الدين بالدين معفو عن
يسيره ولذلك يتأخر رأس مال السلم هذا المقدار ويحتاط في الطعام للنعم من يبيعه قبل استيفائه
وأما فسخ الدين في الدين فلا يعنى منه عن شيء ولذلك افترقا والله أعلم ص قال مالك فممن سلف
دنانير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة إلى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده
ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذي عليه الأثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه
أنه لا بأس بذلك إذا أخذت تلك الأثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا قال مالك فإن دخل ذلك الأجل
فانه لا يصلح وان كان ذلك قبل محل الأجل فانه لا يصلح أيضا إلا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب
التي سلفه فيها ش قوله من سلف في أربعة أثواب موصوفة فلا بأس أن يأخذ منه عند الأجل
ثمانية أثواب من جنسها أدون منها يقتضى أن رقيق الكتان جنس واحد وان اختلفت أثمانه حتى
يكون للثوب منه ثمن الثوبين والاكثر لكنه من جملة الرقيق كما ان غليظه جنس مخالف لرقيقه
وان اختلفت أثمانه وتفاوتت ولو اختلفت أجناسه باختلاف أثمانه لكان من الكتان أجناس
كثيرة وكذلك حكم سائر أنواع الثياب من القطن والصوف والخز والحرير وغير ذلك والله أعلم
(فرع) اذ ثبت ذلك فانه لا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل أدون من ثيابه ولا أفضل لما قدمناه من
أنه لا يسلم الجنس من الثياب في جنسه ولأنه يدخله في أخذه الادون وضع ونعجل ويدخله في أخذه
الأفضل حط عني الضمان وأزيدك (فرع) وهذا في البيع فأما القرض والمؤجل فلا يجوز
أن يأخذ منه قبل الأجل أدنى لأنه وضع ونعجل وأما أن يأخذ منه قبل الأجل أفضل فجوزناه بن
القاسم ومنعه أشهب قال ابن القاسم لأن له تعجيل القرض قبل الأجل فلا حاجة به إلى أن يحط
عنه الضمان بزيادة لأنه قادر على أن يحطه بغير زيادة ومذهب أشهب أنه ليس له تعجيله إلا باختيار
المقرض فلذلك منع منه (مسألة) وإذا حل الأجل جاز أن يأخذ منه أفضل من ثيابه وأدنى وأكثر
عددا فان أعطاه أفضل من ثيابه ودرهما أو دينار فقد قال مالك لا يجوز ذلك ومعناه إذا كان رأس
المال عينا لأنه إذا أخذ منه عينا من جنس رأس المال فقد آل أمرهما إلى عين مؤجل بعرض وعين
من جنسه مؤجل (مسألة) ولو كانت الزيادة عرضا جاز ذلك وكذلك لو كان رأس مال السلم
عرضا يجوز أن يسلم في العرض المسلم فيه وأعطاه عند الأجل أدون من عرضه المسلم فيه وبعبارة أو
درهما لجاز لأنه يؤل إلى حيوان وثياب ودرهم إلى أجل وذلك جائز (مسألة) ولو كان رأس
السلم عينا فأخذ المسلم عند الأجل أفضل من ثيابه وزاد عينا من جنس رأس المال لجاز ذلك لأنه وان
كان فيه عين معجل وعين مؤجل بعرض معجل فان العين المؤجل لما كان يسيرا ضعفت فيه
الهمة والله أعلم ولا يجوز عند الشافعي أن يزيد المسلم درهما يأخذ أفضل مما يسلم لأنه يبيع لا يسلم فيه
قبل قبضه وذلك غير جائز عنده وجوز أبو حنيفة ذلك في الثياب دون المكيل والموزون وقد تقدم
ذكر ذلك كله (فرع) فان كانت الزيادة من المسلم اليه فلا يفترقان قبل قبضهما لما قدمناه وان
كانت من المسلم لفصل ما أخذ على ما كان له جاز أن تتأخر الزيادة رواه علي بن زياد عن مالك لأنه
يدخله السكالي بالسكالي ولا يفسخ عين في دين وذلك ان المسلم معجل ما ينتقل اليه فابتاع الزيادة

قال مالك فممن سلف
دنانير أو دراهم في أربعة
أثواب موصوفة إلى أجل
فلما حل الأجل تقاضى
صاحبها فلم يجدها عنده
ووجد عنده ثيابا دونها من
صنفها فقال له الذي عليه
الأثواب أعطيك بها ثمانية
أثواب من ثيابي هذه انه
لا بأس بذلك إذا أخذ
تلك الأثواب التي يعطيه
قبل أن يفترقا فان دخل
ذلك الأجل فانه لا يصلح
وان كان ذلك قبل محل
الأجل فانه لا يصلح أيضا
الا أن يبيعه ثيابا ليست
من صنف الثياب التي
سلفه فيها

بيع النحاس والحديد
وما أشبههما بما يوزن
قال مالك الأمر عندنا
فيما يكال ويوزن من غير
الذهب والفضة من النحاس
والشبه والرصاص والآلث
والحديد والقضب والتين
والكرسف وما أشبه
ذلك مما يوزن فلا بأس
بان يؤخذ من صنف واحد
اثنان بواحد بريد ولا
بأس أن يؤخذ رطل حديد
برطل حديد ورطل صفر
برطل صفر قال مالك ولا
خير فيه اثنان بواحد من
صنف واحد إلى أجل فاذا
اختلف الصنفان من
ذلك فإن اختلفا فلما
بأس بان يؤخذ منه اثنان
بواحد إلى أجل فإن كان
الصنف منه يشبه الصنف
الآخر وان اختلفا في
الاسم مثل الرصاص
والآلث والصفر فاني أكره
أن يؤخذ منه اثنان بواحد
إلى أجل قال مالك
وما اشتريت من هذه
الاصناف كلها فلا بأس
أن تبعه قبل أن تقبضه
من غير صاحبه الذي
اشتريته منه إذا قبضت
منه إذا كنت اشتريته
كيلاً أو وزناً فإن اشتريته
جزأاً فبعمه من غير الذي
اشتريته منه بنقد أو إلى
أجل وذلك أن ضمانه منك

التي قبضها بمن مؤخر وذلك جائز (مسئلة) ولولقي المسلم المسلم اليه بغير بلد السلم بعد ان حل
الاجل جاز أن يأخذ منه مثل ماله عليه ولا يأخذ منه أرفع من ذلك قاله ابن القاسم وأشبه في المجموعة
قال أشبه لانه إذا أخذ أرفع فهي زيادة لطرح الضمار وإذا أخذ أدون فهو وضع لتعجيل الحق
(مسئلة) ولولم يحل الاجل فقد قال ابن القاسم ليس له أن يأخذ منه مثل ماله ولا أرفع ولا أوضع
وروى ابن عبدوس عن سحنون ان ذلك جائز وجه القول الاول مار واه ابن الموازع عن ابن القاسم
أنه يدخله قبل الاجل ما يدخله في أرفع وأدنى لان المسلم وضع المسافة ليتعجل له حقه والمسلم اليه
زادها ليزول عنه الضمان فيدخله الوجهان والله أعلم وجه قول سحنون ان أخذ المثل قبل الاجل
جاز وليس للثك تأثير المثل تأثير الأجل وكل واحد منهما إذا انفرد لم يمنع قبض المثل فكذلك إذا
اجتمعا وقول الجمهور على ما تقدم من قول ابن القاسم

بيع النحاس والحديد وما أشبههما بما يوزن

ص قال مالك الأمر عندنا فيما يكال ويوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه
والرصاص والآلث والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بان يؤخذ
من صنف واحد اثنان بواحد بريد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطل حديد ورطل صفر برطل
صفر قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد إلى أجل فاذا اختلف الصنفان من ذلك
فبان اختلفا فما فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى أجل فإن كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر
وان اختلفا في الاسم مثل الرصاص والآلث والشبه والصفر فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى
أجل ش معنى قوله وذلك ان المسكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا بمن كالخنا والحديد
والرصاص والنحاس فانه يجوز فيه التفاضل بيدايد ويحرم فيه التفاضل مع الأجل في الجنس
الواحد منه لما قدمناه قبل هذا

(فصل) وان كان الصنف يشبه الصنف الآخر وان اختلفا في الاسم كالرصاص والآلث فاني أكره
أن يباع منه واحد اثنان إلى أجل يريد بالتشابه تقارب المنافع مع تقارب الصورة كالآلث والرصاص
زاد ابن حبيب والفرد ير فانه جنس واحد في هذا الباب وكذلك الشبه والصفر والنحاس جنس واحد
والحديد لينه وكبره جنس واحد وانما يختلف بالعمل فاذا عمل الحديد سيوفاً وسكاكين أو النحاس
أواني فانه يصير أصنافاً باختلاف المنافع والصور

(فصل) وقوله فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بعضه
ببعض نقداً متفاضلاً في ذلك كله الاما ذكره أصحابنا عن مالك في منع التفاضل في الفلوس
واختلفوا في تأويل ذلك فمنهم من قال منعه على الكراهية ومنهم من قال منعه على التحريم وجه
الكراهية ان السكة في النحاس صناعة لا تخرجه عن أصله فلم تنقله من إباحة التفاضل إلى تحريمه
كصناعته طسوتا وأواني ووجه رواية التحريم ان السكة نوع يختص بالأمان فوجب أن تؤثر في
تحريم التفاضل كجنس الذهب والفضة ومن نسب مالكاً في هذا القول إلى المناقضة فلم يتبين وجه
الحكم والله أعلم ص قال مالك وما اشتريت من هذه الأصناف كلها فلا بأس أن تبعه قبل أن
تقبضه من غير صاحبه الذي اشتريته منه إذا قبضت منه إذا كنت اشتريته كيلاً أو وزناً فإن اشتريته
جزأاً فبعمه من غير الذي اشتريته منه بنقد أو إلى أجل وذلك أن ضمانه منك إذا اشتريته جزأاً ولا

إذا اشتريته جزأً ولا يكون ضمانه منك إذا اشتريته وزناً (٣٩) حتى تزنه وتستوفيه وهذا أحب ما سمعت إلى في هذه

يكون ضمانه منك إذا اشتريته وزناً حتى تزنه وتستوفيه وهذا أحب ما سمعت إلى في هذه الأشياء كلها وهو الذي لم يزل عليه أمر الناس عندنا * قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفور والنوى والخبث والكم وما يشبه ذلك أنه لا بأس بأن يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد إلى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى أجل وما اشترى من هذه الأصناف كلها فلا بأس بأن يباع قبل أن يستوفي إذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذي اشتراه منه * قال مالك وكل شيء ينتفع به الناس من الأصناف كلها وإن كانت الحصاة والقصة فكل واحد منهما بمثله إلى أجل فهو ربا أو واحد منهما بمثله وزيادة شيء من الأشياء إلى أجل فهو ربا * ش قوله إن ما ليس بمطعوم ولا ثمن فانه يجوز بيعه بجنسه يدا بيد متساوياً ومتفاضلاً ولا يجوز متفاضلاً إلى أجل ويجوز التفاضل في الجنس إلى أجل وقد تقدم ذلك وقوله وكل ما ينتفع به الناس وإن كان الحصاة والقصة فكل واحد منهما بمثله إلى أجل ربا وقد قال ابن حبيب إن التراب الأبيض والتراب الأسود صنفان قال وكذلك الخبز والتراب الأبيض قال وكذلك العمد بالصخر والكذان بالرخام والجندل بالحجارة والحجارة بالحصاة قال فهذا كله مختلف يجوز فيه التساوي والتفاضل إلى أجل وقال غيره ما استوت منافعه كالجندل بالحجارة لم يجز ذلك فيه والله أعلم

(فصل) وقوله وواحد منهما بمثله وزيادة شيء من الأشياء إلى أجل ربا يريدان ما كان من جنس واحد يحرم فيه التفاضل إلى أجل فانه لا يجوز وإن كان ذلك الفضل من غير ذلك الجنس ور بما كان منفعة أو عملاً فانه لا يجوز ذلك فيه والله تعالى التوفيق

* النهي عن بيعتين في بيعة *

ص * مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة * ش نهى صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة محمول على ظاهره من التحريم وقال الفقهاء في معنى بيعتين في بيعة أن يتناول عقد البيع بيعتين على أن لا تتم منهما الا واحدة مع لزوم العقد فهذا هو معنى بيعتين في بيعة مثل أن يتبايعا هذا الثوب بدينار وهذا الآخر بدينارين على أن يختار أحدهما أي ذلك شاء وقد لزم ما ذلك أولزم أحدهما فهذا يوصف بأنه بيعتان لانه قد عقد بيعته في الثوب الذي بالدينارين وبيعة أخرى في الثوب الذي بالدينار ولم تجمعهما صفقة لانه لا يتم البيع فيهما ويوصف بأنه في بيعة لانه احدى البيعتين فمثل هذا لا يجوز سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقدين مختلفين خلافاً للعبد العزيز بن أبي سامة في تجويزه ذلك بالنقد الواحد والدليل على ما نقوله ما تقدم من نهى صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة ونهيه يقتضي فساد المنهى عنه ومن جهة المعنى ما احتج به مالك من انه

الأشياء كلها وهو الذي لم يزل عليه أمر الناس عندنا * قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفور والنوى والخبث والكم وما يشبه ذلك أنه لا بأس بأن يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد إلى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد إلى أجل وما اشترى من هذه الأصناف كلها فلا بأس بأن يباع قبل أن يستوفي إذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذي اشتراه منه * قال مالك وكل شيء ينتفع به الناس من الأصناف كلها وإن كانت الحصاة والقصة فكل واحد منهما بمثله إلى أجل فهو ربا أو واحد منهما بمثله وزيادة شيء من الأشياء إلى أجل فهو ربا * ش قوله إن ما ليس بمطعوم ولا ثمن فانه يجوز بيعه بجنسه يدا بيد متساوياً ومتفاضلاً ولا يجوز متفاضلاً إلى أجل ويجوز التفاضل في الجنس إلى أجل وقد تقدم ذلك وقوله وكل ما ينتفع به الناس وإن كان الحصاة والقصة فكل واحد منهما بمثله إلى أجل ربا وقد قال ابن حبيب إن التراب الأبيض والتراب الأسود صنفان قال وكذلك الخبز والتراب الأبيض قال وكذلك العمد بالصخر والكذان بالرخام والجندل بالحجارة والحجارة بالحصاة قال فهذا كله مختلف يجوز فيه التساوي والتفاضل إلى أجل وقال غيره ما استوت منافعه كالجندل بالحجارة لم يجز ذلك فيه والله أعلم

* النهي عن بيعتين في بيعة *

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة

يقدر عليه انه قد أخذ أحدهما بالدينار ثم تركه وأخذ الثاني ودفع دينارين فصار إلى أن باع ثوباً بدينار
 بثوب ودينارين (مسئلة) وأما أن كان ذلك بثمن واحد مثل أن يبيعه أحدهذين الثوبين
 يختار أيهما شاء بدينار وقدلزمه اذ ذلك أولزم البائع حقيقة المذهب الجواز وفي كتاب محمد قال
 مالك لا خير فيه قال محمد ومكره ذلك أن يختلف الثوبان كانا من صنف واحد أو من صنفين اتفق
 الثمن أو اختلف ومعنى ذلك إذا كانا من صنفين فأما إذا كانا من صنف فان كان بينهما تفاضل
 يسير فهذا لا يكاد يسلم منه كل ثوبين وان كان بينهما تفاوت في الجودة فهذا الذي ذهب اليه مالك وبه
 قال في كتاب محمد ان كانت السلعتان مما يجوز أن تسلم احدهما في الاخرى لم يجز ذلك على الزام
 احدهما فهذا يقتضى أنه اذا كان احدهما من الخيل السابقة أو من رقيق الثياب والثانية من حواشى
 الخيل وغليظ الثياب لم يجز لان هذا مما تسلم احدهما في الاخرى الا ان مثل هذا لا يكاد يقع على وجه
 التخيير لان كل واحد يعلم ان الافضل هو خيار المشتري الآن يريد بذلك أن يكونا جميعاً من الكنان
 ويكون احدهما شقة والآخر ثوباً مفصلاً بحيث تختلف فيهما الاغراض فقدياً أخذ الادون المشتري
 لغرضه فيه وأخذ الاجود لفضله فيدخل هذا الغرض (فرق) فاذا قلنا بجواز ذلك وهو الاظهر
 فالذى يخرج هذا عن أن يكون من بيعتين في بيعة يحتمل ذلك وجهين أحدهما أن يكون من
 بيعتين في بيعة ولكنه مخصوص بالدليل لتعريه من الغرض والثاني أنه ليس من بيعتين في بيعة لان
 معنى بيعتين في بيعة أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها مختصة كل واحدة منهما
 بغرض غير غرض الاخرى وذلك موجود فيه اذا اختلف الثمنان واختلف المبيعان للجنس أو
 لتباين الجودة التي لا يتساوى معها الثمن فيها فاذا تساوى الثمنان وتساوت الجودة أو تقاربت تقاربا
 يكون في معنى التساوى فانه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض فلم تكن بيعة ولذلك لا يقال
 لمن اشترى ففيرة حنطة من صبرة انه من باب بيعتين في بيعة ولا يبيع كسرة ولا خلاف في المذهب انه
 يجوز أن يشتري عشرة أكبش يختارها من عشرين كبشاً معينة وان كنا لانشكل أنه لا يكاد أن
 يتفق تساويهما ولكنه يتقارب كثير منها مع تساوى الغرض فيها أو تقاربه والله أعلم (مسئلة) اذا
 ثبت ما قلناه فن اشترى أحد ثوبين على أن يختار من أحدهما قبضه ما على أن يختار فان له أن يختار
 مدة ما ضر بالذلك فان هلك أحدهما أو أصابه عيب فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يختار أو بعده
 فان كان ذلك قبل أن يختار ففي كتاب ابن المواز عن مالك الهالك المعيب بينهما والسالم بينهما وقال
 ابن القاسم يضمن نصف التالف منهما وأنكر ذلك ابن حبيب وقال بل يضمن جميع ثمنه قال وقاله
 لى من كاشفته من أصحاب مالك وقال أشهب في النوادر واذا غاب على الثوبين فهو ضامن لهما وأما
 في العبد فلا ضمان عليه في الهالك ويلزمه الباقي والذي عنه في المدونة أن له أن يأخذ الباقي أو يرده
 وجه قول مالك وابن القاسم انه قبضه ما على وجه الاختيار فلم يضمن الا بقدر ماله فيهما من جهة الغرض
 ألا ترى أنه لو كان له قبل رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليأخذها أو يأخذ واحدا منها فضاعت فانه لا
 يضمن الا واحدا منها وجه قول ابن حبيب ما احتج به من انه أخذ كل واحد من الثياب بالخيار فاذا لم
 تتم بيئته بضاعه وجب أن يضمنه ألا ترى أنه لو اشترى ثوبين على انه بالخيار ان شاء أخذ أحدهما وان
 شاء ردهما فضاع الثوبان أو أحدهما فان قول ابن القاسم انه يضمن ما ضاع منهما وقرق ابن القاسم
 بينهما انه اذا ابتاع الثوبين على انه بالخيار فقد تناولا لهما البيع أو أحدهما على وجه واحد فوجب أن
 يضمنهما واذا اشترى أحدهما على أن يختاره من ثوبين فان الشراء تناولا أحدهما وقبض الآخر

على وجه الامانة المحضة فلم يضمنه (مسألة) ومن كان له على رجل دينار فأعطاه ثلاثة دنانير ليربها
ويأخذ منها واحدا فصاعت روى ابن حبيب عن أصحاب مالك انه لا يضمن الا واحدا منها وذلك اذا لم
يشك أن فيها وازنا فاما اذا جهل ذلك وضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيئا منها ويحلف انه ما علم ان فيها
وازا وفي المدونة فيمن كان له على رجل دينار فيعطيه ثلاثة دنانير يختار أحدها فيذكر انه تلف أحدها
انه يكون شريكا قال سحنون ومعنى ذلك أنه لم يعرف تلفه الا بقوله لمعنى رواية ابن حبيب انه لا يضمن
اذا لم يعرف ان فيها ما يكون وفاء لحقه لانه لم يقبضه على الاستيفاء فاذا عرف ان فيها وفاء لحقه ضمن
منها بقدر حقه لان الباقي انما دفع اليه على وجه التبرع والوديعة المحضة بخلاف من اشترى ثوبا بالخيار
من ثوبين فان حقه متعلق بكلا الثوبين حتى يختار وعلى ذلك قبضه وليس كذلك من كان له على
رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليستوفي منها حقه فانه لم يكن استحق عليه أن يدفع اليه غير دينار
واحد فيه وفاء عن حقه وجه قول سحنون أيضا انه انما قبضه ليختار فاذا قامت بينة بضياعه فلا ضمان
عليه كسلعة أخذها بشراء الخيار لم بها وان لم تقم بينة بضياعهما ضمه لان قبضها بالمنفعة نفسه وهو مما
يغاب عليه (مسألة) واذا قلنا ان من ابتاع ثوبا بالخيار من ثوبين فضاع أحدهما ان عليه نصف
ثمنه فهل يكون له أن يأخذ الباقي بالثمن أو يردده قال ابن القاسم في المدونة عن مالك في الثوب له
أن يرد الباقي وقال ابن القاسم وللشترى أن يأخذ الباقي في أيام الخيار وما قرب منها وروى ابن
المواز عن مالك ان عليه نصف المعيب ان دخل أحدهما عيب ونصف الباقي السالم وروى عيسى
عن ابن القاسم في العتية ان تلف أحدهما فله رد الباقي وغرم نصف ثمن التالف وان أراد امساك
الباقي فليس له الا نصفه الا أن يرضى البائع بذلك وجه قول المدونة انه لم يتقدم اختياره وهو في مدة
الاختيار جاز له أن يختار الباقي فيضمن نصف الاول لما قبضه للاختيار وغاب عليه وله أن يردده
فيكون اختياره متعلقا بالتالف لانه لما تلف قبل اختياره لم يضمن جميعه بالثمن ولا يجوز له أن
يختار بعد مدة الخيار الباقي لان اختياره في غير مدة الاختيار ووجه رواية ابن المواز ما احتج
به ابن القاسم انه قد دلل منه نصف الثوب التالف فلا يكون له أن يختار الثوب الباقي فيصير اليه ثوب
ونصف وانما ابتاع ثوبا واحدا (فرع) فاذا قلنا يضمن نصف التالف قال ابن القاسم يضمن
نصفه بنصف الثمن وقال أشهب في النوادر ان أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقبة وان رده
فالتالف عليه بالأقل من الثمن أو القبة

(فصل) ولو قال المبتاع انما ضاع أحدهما بعد ان اخترت الباقي فالقول قوله ويحلف ولا شيء عليه
في التالف قاله أصبغ في كتاب محمد ووجه ذلك انه مؤتمن على الاختيار ولو أشهد على اختياره
أحد الثوبين بغير محضر البائع ثم ادعى هلاك الثاني قال ابن حبيب ابن القاسم لا يضمنه ومن
سواه من أصحاب مالك يضمنه وهو الصواب قال الشيخ أبو محمد هكذا في كتاب ابن حبيب فان كان
يريدانه يختار أحدهما فهو قول ابن القاسم وان كان يريدانه يختارهما أو يردهما فليس بقول ابن
القاسم ص مالك انه بلغه ان رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى
أجل فستل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه ش قوله ابتع لي هذا البعير بنقد فابتاعه
منه الى أجل أدخله في باب بيعتين في بيعة ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة انه انعقد بينهما ان
المبتاع للبعير بالنقد انما يشتر به على انه قد لم يمتنع بآجل باكثر من ذلك الثمن فصار قد انعقد بينهما
عقد بيع تضمن بيعتين احدهما الأولى وهي بالنقد والثانية الموجهة وفيها مع ذلك بيع ماليس

• وحدثني مالك انه بلغه ان
رجلا قال لرجل ابتع لي
هذا البعير بنقد حتى ابتاعه
منك الى أجل فسأل عن
ذلك عبد الله بن عمر
فكرهه ونهى عنه

الايجاب الفاسد ولتعريه من معنى التخيير والمساومة قال، معنى ذلك كله محمد وبينه في التفسير عيسى
عن ابن القاسم قال ولفظ الايجاب أن يقول له خذها بكذا وكذا أو يقول له هي لك بكذا قال عيسى
وكذلك أعطيتكها بكذا أو بعتكها بكذا أو ماذا لم يتلفظ بايجاب وانما تلفظ بلفظ المساومة مثل
أن يقول أنا أبيع هذا الثوب بدينار وأبيع هذا الآخر بدينارين أو يقول له المشتري بكم سلعتك
هذه فيقول بدينار نقدا فيقول له وبكم تبيعها إلى أجل فيقول بدينارين فأشترى بأحدهما لم يكن بذلك
بأس (مسئلة) ويجوز أن يفترقا على أنهما بالخيار أو على أن أحدهما بالخيار أو على أن البيع
قدلزمهما مع تساوي الثوبين والثمنين على أن الاختيار لأحدهما خلافا لأبي حنيفة والشافعي في
قولهما لا يجوز أن يفترقا إلا على ثمن معلوم والدليل على ما نقوله أن الثمن معلوم ودخول الاختيار
في أحد الثوبين لا تأثير له في الثمن وانما يعود لعدم تعيين المبيع وذلك لا يمنع صحة العقد كما واشترى
منه فغير زرع من جملة صبرة فيها أقفزة ص قال مالك في رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا
أو بشاة موصوفة إلى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين أن ذلك مكروه لا ينبغي لأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وهذا من بيعتين في بيعة قال مالك
أشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا والصيحاني عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر
صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لي أحدهما أن ذلك مكروه لا يحل وذلك أنه قد
أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها أو يأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب له خمسة
عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها أو يأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا مكروه لا يحل وهو
أيضا يشبه ما نهى عنه من بيعتين في بيعة وهو أيضا مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من
الطعام اثنان بواحد ش قوله من باع من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة إلى أجل
وذلك مكروه من بيعتين في بيعة على ما تقدم لأن الثمنين قد اختلفا في الجنس والقدر وان اختلفا
في الأجل والنقد ولو اختلفا بأحدهما لفسد العقد ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر
المقصود أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين في بيعة الذي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه
(فصل) وقوله في الذي يشتري العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحاني عشرة أصوع أن ذلك
مكروه على ما قدمناه من أن اختلاف جنس أحد العوضين يمنع صحة العقد فلما كان أحد الثمنين
صيحانيا وعشرة أصوع والآخر عجوة وخمسة عشر صاعا دخله الفساد من وجهين من جهة القدر
المقصود ومن جهة الجنس ولو كان مع ذلك المطعوم من جنس واحد وقدر واحد فيقول له ابتع هذه
الصبرة عشرة أصوع بدينار وإن شئت من هذه الصبرة التي هي من جنسها عشرة أصوع بدينار
وعقد بيعهما على ذلك لم يجز رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أنه يدخله بيع الطعام قبل
استيفائه لأنه يجوز عليه أنه قد رضى بأحدهما ثم انتقل عنه إلى الآخر فباع الأول قبل استيفائه الثاني
(مسئلة) ولو لم يكن فيه حق استيفاء فقد قال مالك فبمن باع من رجل تمر حاطة على أن يختار منه البائع
ثلاث نخلات أن ذلك جائز ومنع منه ابن القاسم
(فصل) وقوله وقد يشبه ما نهى عنه من بيعتين في بيعة قد تقدم القول فيه وقال عيسى بن دينار
عن ابن القاسم وما شرطان في شرط بأن يقول الرجل للرجل أجل كذا في هذا إلى بلد كذا فان بلغته
في يومين فلك كذا وان تأخرت عن ذلك فلك كذا الأقل منه فهذا شرطان في شرط وهو من بيعتين
في بيعة وقاله أصبغ

* قال مالك في رجل
اشترى من رجل سلعة
بدينار نقدا أو بشاة
موصوفة إلى أجل قد
وجب عليه البيع بأحد
الثمنين أن ذلك مكروه لا
ينبغي لأن رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن
بيعتين في بيعة وهذا من
بيعتين في بيعة قال مالك
في رجل قال لرجل
اشترى منك هذه العجوة
خمسة عشر صاعا أو الصيحاني
عشرة أصوع أو
الحنطة المحمولة خمسة عشر
صاعا أو الشامية عشرة
أصوع بدينار قد وجبت
لي أحدهما أن ذلك مكروه
لا يحل وذلك أنه قد أوجب
له عشرة أصوع صيحانيا
فهو يدعها أو يأخذ خمسة
عشر صاعا من العجوة
أو تجب له خمسة عشر
صاعا من الحنطة المحمولة
فيدعها أو يأخذ عشرة
أصوع من الشامية فهذا
مكروه لا يحل وهو أيضا
يشبه ما نهى عنه من
بيعتين في بيعة وهو أيضا
مما نهى عنه أن يباع من
صنف واحد من الطعام
اثنان بواحد

* بيع الغرر *

ص * مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وممن الشيء من ذلك خسون ديناراً فيقول له رجل أنا آخذه منك بعشرين ديناراً فإن وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون ديناراً وإن لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين ديناراً * قال مالك وفي ذلك عيب آخر أن تلك الضالة إن وجدت لم يدر أزدت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة * ش * نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر يقتضي فساداً ومعنى بيع الغرر والله أعلم ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لا خلاف في المنع منه وأما سبب الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لا اختلاف ما فيها من الغرر وهل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة أو من حيز القليل الذي لا يمنعها (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه من جهة العقد والعوض والأجل فاما المبيع والتمن فإن يكون أحدهما مجهول المصفاة حين العقد كشرء الأجنة واشترائها قال مالك لا خير في بيع الرمكة على أنها عقوق وكذلك الغنم والابل الآن يقول أنها عقوق ولا يشترط ذكرهما بن المواز وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب يجوز ذلك وفي القول الأول أنه غير مقدور على تسليحه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجل الشارد السلم في ممر حائط بعينه وما يشبه ذلك سوى الابل المهمة في الرعي فإن رآها المبتاع قال مالك لا يجوز ذلك قال ابن القاسم في كتاب محمد وكذلك المهارات والفلاء الصغار بالبراءة وهي كبيع الآبق وروى أصبغ عن ابن القاسم لا تباع الابل الصغار وما لا يوجد بالارهاق وعلل ذلك بأنه لا يدرى متى يوجد وعلل ذلك ابن القاسم بأن أحدهما خطر وزاد في العتبية أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يدرى ما فيها من العيوب قال كبيع الغائب بغير صفة وأنكر هذا أصبغ وقال إنما يكره لصعوبة أخذها ولولا ذلك لجاز وليكان بيع الغائب وغيره بالبراءة مما لا يعلم جائزاً وقال ابن حبيب لا يجوز ذلك ببيع بالبراءة أو بغير البراءة (فرع) إذا ثبت منع هذا البيع فالمبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع قاله ابن القاسم قال ابن حبيب فإن فاتت عند المبتاع فعليها قيمتها يوم قبضها ووجه ذلك أن ما منع من بيعه الغرر وما يخاف من تعذر قبضه فإنه من البائع وإنما يضمنه المبتاع بالقبض كالآبق (مسئلة) وقد يكون مقدور على تسليحه ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض يمرض يخاف منه الموت قال ابن حبيب هو من الغرر ويفسخ البيع ما لم يفت بيبه المبتاع فتكون عليه قيمته يوم قبضه (مسئلة) ومن الجهالة في التمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها ولو قال له بعثك إياها بما شئت ثم سخط ما أرسل اليه قال ابن القاسم أن أعطاه القميص من ذلك قال محمد معناه أن فاتت وان لم يفت رد لان هذا لا يجوز في هبة الثواب وجه قول ابن القاسم أن ظاهر أمره المكارمة وتعليق ذلك باختيار المبتاع فأشبه هذا الثوب ووجه قول محمد اعتباراً بلفظ البيع ولذلك فرق بينه وبين التلفظ بالهبة للثواب فجعل اللفظ تأثراً في ذلك والله أعلم (مسئلة) ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته روى ابن المواز عن أشهب لأحب ذلك ولا يفسخه إن وقع وقال أصبغ هو حرام لأن حياته مجهولة ويفسخ وقال ابن القاسم عن مالك لا يجوز إذا قال على أن ينفق عليه حياته

* بيع الغرر *

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وممن الشيء من ذلك خسون ديناراً فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين ديناراً فإن وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون ديناراً وإن لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين ديناراً * قال مالك وفي ذلك عيب آخر أن تلك الضالة إن وجدت لم يدر أزدت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة * ش * نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر يقتضي فساداً ومعنى بيع الغرر والله أعلم ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لا خلاف في المنع منه وأما سبب الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع فإنه لا يكاد يخلو عقد منه وإنما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لا اختلاف ما فيها من الغرر وهل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة أو من حيز القليل الذي لا يمنعها (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه من جهة العقد والعوض والأجل فاما المبيع والتمن فإن يكون أحدهما مجهول المصفاة حين العقد كشرء الأجنة واشترائها قال مالك لا خير في بيع الرمكة على أنها عقوق وكذلك الغنم والابل الآن يقول أنها عقوق ولا يشترط ذكرهما بن المواز وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب يجوز ذلك وفي القول الأول أنه غير مقدور على تسليحه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجل الشارد السلم في ممر حائط بعينه وما يشبه ذلك سوى الابل المهمة في الرعي فإن رآها المبتاع قال مالك لا يجوز ذلك قال ابن القاسم في كتاب محمد وكذلك المهارات والفلاء الصغار بالبراءة وهي كبيع الآبق وروى أصبغ عن ابن القاسم لا تباع الابل الصغار وما لا يوجد بالارهاق وعلل ذلك بأنه لا يدرى متى يوجد وعلل ذلك ابن القاسم بأن أحدهما خطر وزاد في العتبية أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يدرى ما فيها من العيوب قال كبيع الغائب بغير صفة وأنكر هذا أصبغ وقال إنما يكره لصعوبة أخذها ولولا ذلك لجاز وليكان بيع الغائب وغيره بالبراءة مما لا يعلم جائزاً وقال ابن حبيب لا يجوز ذلك ببيع بالبراءة أو بغير البراءة (فرع) إذا ثبت منع هذا البيع فالمبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع قاله ابن القاسم قال ابن حبيب فإن فاتت عند المبتاع فعليها قيمتها يوم قبضها ووجه ذلك أن ما منع من بيعه الغرر وما يخاف من تعذر قبضه فإنه من البائع وإنما يضمنه المبتاع بالقبض كالآبق (مسئلة) وقد يكون مقدور على تسليحه ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض يمرض يخاف منه الموت قال ابن حبيب هو من الغرر ويفسخ البيع ما لم يفت بيبه المبتاع فتكون عليه قيمته يوم قبضه (مسئلة) ومن الجهالة في التمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها ولو قال له بعثك إياها بما شئت ثم سخط ما أرسل اليه قال ابن القاسم أن أعطاه القميص من ذلك قال محمد معناه أن فاتت وان لم يفت رد لان هذا لا يجوز في هبة الثواب وجه قول ابن القاسم أن ظاهر أمره المكارمة وتعليق ذلك باختيار المبتاع فأشبه هذا الثوب ووجه قول محمد اعتباراً بلفظ البيع ولذلك فرق بينه وبين التلفظ بالهبة للثواب فجعل اللفظ تأثراً في ذلك والله أعلم (مسئلة) ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته روى ابن المواز عن أشهب لأحب ذلك ولا يفسخه إن وقع وقال أصبغ هو حرام لأن حياته مجهولة ويفسخ وقال ابن القاسم عن مالك لا يجوز إذا قال على أن ينفق عليه حياته

قال مالك والأمر عندنا أن من المخاطرة (٤٢) والغرر اشتراء ما في بطون الاناث من النساء والدواب

(مسئلة) وأما الغرر من جهة العقد فمثل البيعتين في بيعة لانه لا يدري أى العوضين ابتاع أو باع ومن ذلك بيع الحصة وهو من بيع الجاهلية تكون حصة يبيد البائع فاذا سقطت وجب البيع ومن ذلك بيع العربان (مسئلة) وأما تعلق الغرر بالأجل فان يكون مجهولاً أو بعيداً فأما المجهول فمثل أن يكون إلى موت إلى ميسرة أو إلى أن يبيع المبيع وما أشبه ذلك وأما البيع من أهل الأسواق على التقاضى وقد عرفوا أن قدر ذلك الشهر ونحوه فجوز مالك قال الشيخ أبو محمد معنى ذلك فيما جرى بينهم تقاضيه مقطوعاً قال مالك وإن تأخر بعد ما عرف من وجه التقاضى أغرم ذلك وأما البعيد فذكره ابن القاسم البيع إلى أجل بعيد مثل عشرين سنة أو أكثر ولا يفسخه الا مثل الثمانين والتسعين ولا بأس به إلى عشرين سنة وإنما اشترى إلى كل باب من ذلك بأشارة يسيرة وهو مستوعب في كتاب الاستيفاء وبالله التوفيق ص قال مالك والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء ما في بطون الاناث من النساء والدواب لانه لا يدري أى يخرج أم لا يخرج فان خرج لم يدرى أن يكون حسناً أم قبيحاً أم تاماً أم ناقصاً أم ذكر أم أنثى وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيته كذا وان كان على كذا فقيته كذا * قال مالك ولا ينبغي بيع الاناث واستثناء ما في بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاة الغزيرة ثلاثة دنانير فهى لك بدينارين ولى ما في بطنها فهذا مكروه لانه غرر ومخاطرة * قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجبلجلان بدهن الجبلجلان ولا الزبد بالسمن لأن المزابنة تدخله ولأن الذى يشتري الحب وما أشبهه بشئ مسمى مما يخرج منه لا يدري أى يخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة * قال مالك ومن ذلك أيضاً اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لأن الذى يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن البان المطيب قد يطيب ونش وتحول عن حال السليخة * ش قوله لا يحل بيع الزيتون بالزيت لما احتج به من أنه من المزابنة وذلك بيع الشئ بما يخرج من منه لان المقدار الذى يخرج منه مجهول وهو مما يعتبر فيه التساوى لتحريم الزبافيه وإنما قال لانه لا يدري أى يخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة يريد لانه لا يجوز أن يعطى أحدهما الاكثر بالاشك في أنه أكثر لما يأخذ منه فيخرج بذلك عن المخاطرة والمقاهرة لانه يدخله نوع آخر من الفساد وهو التفاضل

فما يحرم فيه التفاضل فلا بد من أن يتخري التساوى فيهما ولا يصح التخري فيه لانه لا يعلم أنه يخرج من هذا الزيتون أقل من الزيت الآخر أو أكثر لان مثل هذا لا يبلغ يتخري الزيتون والله أعلم (فصل) وقوله ومن ذلك اشتراء حب البان بالسليخة لان الذي يخرج من حب البان هو السليخة قال عيسى السليخة هي عصارة حب البان وهو الزيت الذي يخرج منه فخرج حب البان بما يخرج منه وان لم يكن مطعوما ولا فيما يجري فيه الزبا لم فيه من الغرر عند تقاربهما وان كان لا يحرم التفاضل في السليخة وحب البان لانه يجوز بيع الشيء بما يخرج منه وان كانا لا يحرم فيهما التفاضل ولذلك لا يجوز بيع الكتان بالغزل جزافا أو أحد هما جزافا وان كان يدايد ولا شيء مما لا يحرم فيه التفاضل بعضه بعضا فاعلم تجوز التساوى والتفاضل قاله مالك قال محمد وهذا فيما يتقارب فأما لو دفع رطل صوف بعشرة أرطال مغزولة يدايد لجاز

(فصل) وقوله ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن المطيب قد طيب ونش وتحول عن السليخة قال عيسى بن دينار والنش هو التطيب جعل النش في البان صنعة يخرج بها عن جنس السليخة التي ليست بمطيبة لان هذا نهاية الصناعة فيها والله أعلم ص ^ح قال مالك في رجل باع سلعة من رجل على أنه لا نقصان على المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك أنه كأنه استأجره برحان كان في تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شيء له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع في هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان في تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فأتت السلعة وبيعت فان لم تنف فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبيعها ثم يندم المشتري فيقول للبائع ضع عني فإني البائع ويقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لانه ليس من المخاطرة وانما هو شيء وضعه له وليس على ذلك عقد ابيعهم ما وذلك الذي عليه الأمر عندنا ^ح ش قوله لا يجوز أن يبيع الرجل من رجل سلعة على أنه لا نقصان على المبتاع لما ذكره من وجه الغرر لانه استأجره على بيعه برحان كان فيه ولا يدري قدره ولا جنسه وان لم يكن فيه ربح فلا شيء له وقد كره مالك أن يبيع من الرجل السلعة على أنه ان وجد قضاء وان مات قبل أن يجد فهو في حل قال ابن القاسم هو حرام ويرد فان فأتت السلعة بقيتها يوم قبضها ومعنى ذلك أنه زاد في ثمنها للمجهل بالأجل ولم فيه من تعليق القضاء بالوجود

(فصل) وقوله وللمبتاع في هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وللبائع الزيادة والنقص ان فأتت السلعة يريد انه يحمل على ما يؤول إليه أمر هما من الاجارة فان فأتت السلعة يبيع المبتاع لها فللذي باعها منه الثمن كان أقل من قيمتها أو أكثر وكان للمبتاع أجرة ما حاول من بيعها وغير ذلك من حفظها ان كان له أجرة وان وجدت السلعة بيد المبتاع لم تنف فسخ البيع فيما يحتمل أن يريد بوجديدا المبتاع لم يدخلها ما يغبر صفتها على ما تقدم من قول ابن القاسم والله أعلم

(فصل) وقوله فان ندم مشتري سلعة وسأل الوضعية فيقول البائع بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به يريد لان العقد قد سلم أولا بما يفسده ابتداء وقد قال مالك في كتاب ابن مزين وذلك لازم ووجه ذلك أنه قد حمله بما غره به على بيع سلعة فوجب أن يلزمه التزم له بذلك (مسئلة) ولو قال ذلك البائع والسلعة باثرة فأراد المبتاع حملها على وجه السوق لما أمن النقصان قال عيسى عن ابن القاسم ليس له أن يبيعها الا على وجه البيع ووجه ذلك انه انما أباح له البيع المعتاد على وجه الاجتهاد وطلب زيادة الثمن فليس له الخروج عنه الى ما يكثر به النقصان (فرع) فان باع حين البيع فزعم انه نقص

* قال مالك في رجل باع سلعة من رجل على أنه لا نقصان عن المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك انه كأنه استأجره برحان كان في تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شيء له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع في هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان في تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فأتت السلعة وبيعت فان لم تنف فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبيعها ثم يندم المشتري فيقول للبائع ضع عني فإني البائع ويقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لانه ليس من المخاطرة وانما هو شيء وضعه له وليس على ذلك عقد ابيعهم ما وذلك الذي عليه الأمر عندنا

﴿ الملامسة والمنابذة ﴾ * حدثنا يحيى عن مالك (٤٤) عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي

من الثمن ما أنكره صاحبه قال عيسى يصدق ويوضع عنه ذلك إلا أن يأتي بأمر منكر يعلم به كذبه أن
وانه جابى في البيع فيلزمه غرم ما قصر به عن ثمنها وقال ابن نافع لا يقبل قوله إلا بينة تعرف ما باع به إلا
يدعى من ذلك شيئاً يعرف أهل تلك الصناعة أنها تباع بمثل ذلك فيصلف على ما زعم ويصدق

﴿ الملامسة والمنابذة ﴾

ص * مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة * قال مالك واللامسة أن يلبس الرجل الثوب ولا
ينشره ولا يتبين ما فيه أو يتناعه ليلاً ولا يعلم ما فيه والمنابذة أن ينفذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ
الآخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا الذي نهى عنه من الملامسة
والمنابذة * ش نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة يقتضى فسادها وانما يسمى بيع
ملامسة ومنابذة لأنه لا حظ له من النظر والمعرفة لصفاته اللامسة أو أن يكون بيد صاحبه حتى
ينبذه إليه والمسلم لا يعرف به المبتاع بما يحتاج إلى معرفته من صفات المبيع الذي يختلف ثمنه باختلافها
ويتفاوت ومعنى ذلك أن البيع انعقد على هذا الشرط وأما لو أمكنه البائع من تقليبه والنظر إليه
ولم يشترط عليه الامتناع من ذلك فافتنع المبتاع بامسه فانه لا يكون يبيع ملامسة ولا يمنع ذلك صحة
العقد وانما يمنع ما قدمناه والله أعلم وقيل في كتاب محمد من باع ثوباً مدرجاً في جرابه فوصفه له
وكان على أن ينشره فذلك جائز ينشره قبل البيع أو بعده ص * قال مالك في الساج المدرج
في جرابه أو الثوب القبطى المدرج في طيه انه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا وينظر إلى ما في أجوافهما
وذلك أن يبيعهما من يبيع الغرر وهو من الملامسة * قال مالك ويبيع الأعدال على البرنامج
مخالف لبيع الساج في جرابه والثوب في طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به
ومعرفة ذلك في صدور الناس ومما مضى من عمل الماضين فيه وأنه لم يزل من يبيع الناس الجائزة
والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأساً لبيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس
يشبه الملامسة * ش وهذا على ما قال أن الثوب المدرج في جرابه كالساج وما أشبهه مما يصان
بغلاف أو جراب يكون فيه فلا يظهر شيء منه أو الثوب القبطى الذى درج على طيه وان ظهر ظاهره
فانه لا يجوز بيعهما بالصفة قاله ابن المواز عن مالك ومخالف ذلك يبيع الأعدال على البرنامج بان
بيعهما على ذلك جائز قال ابن حبيب لكثرة ثياب الأعدال وعظم المؤنة في قحها ونشرها ويصح
الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن يكون الساج المدرج في جرابه والثوب القبطى المدرج في طيه
يمنع المبتاع من نشرهما ولا يوصفان له بصفتهما وانما يشتري كل واحد منهما على ما هو عليه دون صفة
يلزمها البائع ويبيع الأعدال على البرنامج انما هو يبيعها على ما ترضه البرنامج من صفتها المستوعبة
لما يحتاج إلى معرفة من صفاتها التي تختلف الأثمان والأعراض باختلافها فلذلك جاز يبيع الأعدال
على البرنامج لانه يبيع على صفة ولم يجز يبيع الساج في الجراب والقبطى المطوى لانه يبيع على غير
صفة ولا رؤية (مسئلة) ولو كان على الصفة ومنع الرؤية فقد ذكر ابن سحنون في رده على
الشافعى ان الصفة تنوب عن ذلك واحتج بحديث أبي هريرة في النهى عن بيع السلع لا ينظرون إليها
ولا يخبرون عنها وروى ابن سحنون أن حبيباً سأل أباه عن ابتاع مائة شاة أو مائتين أيجس جميعها
فقال لا بد من ذلك إلا أن يجس اثنين أو ثلاثة ثم يقول للبائع ان ما لم أجس مثل ما جسست

﴿ الملامسة والمنابذة ﴾ * هريرة أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن
اللامسة والمنابذة * قال
مالك واللامسة أن يلبس
الرجل الثوب ولا ينشره
ولا يتبين ما فيه أو يتناعه
ليلاً ولا يعلم ما فيه والمنابذة
أن ينفذ الرجل إلى الرجل
ثوبه وينبذ الآخر إليه
ثوبه على غير تأمل منهما
ويقول كل واحد منهما
هذا بهذا الذي نهى
عنه من الملامسة والمنابذة
* قال مالك في الساج
المدرج في جرابه أو الثوب
القبطى المدرج في طيه
انه لا يجوز بيعهما حتى
ينشرا وينظر إلى ما في
أجوافهما وذلك أن يبيعهما
من يبيع الغرر وهو من
اللامسة * قال مالك ويبيع
الأعدال على البرنامج
مخالف لبيع الساج
في جرابه والثوب في طيه
وما أشبه ذلك فرق بين
ذلك الأمر المعمول به
ومعرفة ذلك في صدور
الناس ومما مضى من عمل
الماضين فيه وأنه لم يزل من
يبيع الناس الجائزة
والتجارة بينهم التي لا يرون
بها بأساً لبيع الأعدال
على البرنامج على غير نشر
لا يراد به الغرر وليس
يشبه الملامسة

فيكون كالبيع على الصفة وهذا يحتمل أن يكون قدر أي جميعها وتواصفا السمن فقط وفي كتاب ابن المواز فيمن باعكم اخفافاً أو برز فلا بأس أن ينظر منها الى اثنين أو ثلاثة يريد بعد أن يعلم اعدادها فهذه غير مرتبة على أنه يحتمل أن تكون مسألة سحنون ومسئلة ابن المواز لم يكن ذلك بشرط وظاهر قول سحنون يقتضي الشرط والافهوفاق والله أعلم والوجه الثاني ان الاعدال تلحق المشقة والمؤنة باعادتها الى حالها ولا يكون ذلك في غالب الحال الا بالأجرة وصانع يتولى ذلك والسائمون يتكررون وليس كل من يسوم وينظر الى المتبايع يشتره فرب انسان لا يوافق وآخر يوافق ولا يبلغ ثمنه الذي يرضى البائع وترك المتبايع دون شدة واعادة الى الحال الاولى تغيره وتذهب بجماله وتنقص من ثمنه فان ترك دون أن يعاد الى الشدة تغير وان أعيد الى الشدة بعد رؤية كل مساومه له ورماتكرر ذلك وطال لحقت بذلك مشقة وعظمت المؤنة والنفقة فلهذه الضرورة جاز أن تقوم الصفة مقام رؤية المتبايع والنظر اليه وليس كذلك الثوب المدرج في جرابه وان أخرجه منه ونظره اليه ورده فيه ليست فيه مشقة ولم تجرت العادة أن يعمل ذلك بأجرة فلا تلحق فيه نفقة وان طال ذلك وتكرر فلم يجز أن ينتقل عن بيعه على الرؤية الى بيعه على الصفة لغير ضرورة لانه ليس في ذلك غرض غير مجرد القرار وذلك جائز يمنع صحة العقد وذلك بمنزلة أن يبيع رجل من رجل ثوباً بيده لا مضرة في نشره وتقليبه على الصفة دون الرؤية لم يجز ذلك لانه لا يجوز الانتقال من الرؤية الى الصفة الا لضرورة والله أعلم

❖ بيع المراجعة ❖

ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في البز يشتره الرجل ببلد ثم يقدم به بلداً آخر فيبيعه مراجعة لا يحسب فيه أجر السامرة ولا أجر الطي ولا الشدة ولا النفقة ولا كراء البيت فأما كراء البز في جللانه فانه يحسب في أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الآن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فان ربحه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به ❖ قال مالك فأما القسارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب في البز فان باع البز ولم يبين شيئاً مما سميت انه لا يحسب له فيه ربح فان فات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فان لم يفت البز فاليبيع مفسوخ بينهما الآن يتراضيا على شيء مما يجوز بينهما ❖ ش قوله ان من قسم متاع فباعه مراجعة لا يحسب فيه أجر السامرة ولا أجر الطي ولا الشدة ولا النفقة ولا كراء البيت يريد بأجر السامرة من كلفة شراء المتاع وكذلك أجر طيه وشده اعدا لا ونفقة التأجير وكراء بيته قال ابن حبيب وكراء ركو به لا يحسب شيء من ذلك في ثمن المتاع دون أن يبين وذلك بان يقول قامت على بكذا ولولو بين وقال لا يبيع مراجعة الا أن أعدها في الثمن وأخذ له ربحاً جاز ذلك

(فصل) وأما كراء البز في جللانه فانه يحسب في أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الآن يعلم البائع من يساومه بذلك كله يريد ان جل البز من بلد ابتاعه الى بلديعه مما يحسب في ثمنه ولا يجعل له حصة من الربح فيما باع له ربح العشرة أحد عشر وهذا حكم نفقة الرقيق في ذلك الا ان يبين ذلك فيكون على ما شرط وذلك جائز

(فصل) وقوله القسارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك قال في الواخعة والقتل والكاد والتطوية وقال غيره والطرار فهو بمنزلة البز يحسب له الربح كما يحسب للبز فجعل ذلك على ثلاثة أقسام قسم

❖ بيع المراجعة ❖
❖ حدثني يحيى قال مالك
الأمر المجتمع عليه عندنا
في البز يشتره الرجل
ببلد ثم يقدم به بلداً آخر
فيبيعه مراجعة لا يحسب
فيه أجر السامرة ولا أجر
الطي ولا الشدة ولا النفقة
ولا كراء البيت فأما
كراء البز في جللانه فانه
يحسب في أصل الثمن
ولا يحسب فيه ربح الآن
يعلم البائع من يساومه
بذلك كله فان ربحه
على ذلك كله بعد العلم به
فلا بأس به ❖ قال مالك
فأما القسارة والخياطة
والصباغ وما أشبه ذلك
فهو بمنزلة البز يحسب
فيه الربح كما يحسب في البز
فان باع البز ولم يبين شيئاً
سميت انه لا يحسب له
فيه ربح فان فات البز فان
الكراء يحسب ولا يحسب
عليه ربح فان لم يفت البز
فاليبيع مفسوخ بينهما
الآن يتراضيا على شيء
مما يجوز بينهما

لا يحسب في رأس المال ولا يقسم له من الربح وقسم يحسب في رأس المال ولا يقسم له من الربح وقسم يحسب في رأس المال ويقسم له من الربح (فرق) والفرق بينهما أن ماليس له عين قائمة فهو على ضربين ضرب لا يتخذ بسبب البزغالبا وانما جرت العادة أن يتخذ لغيره ككراء بيت ونفقة المتاع وكراء ركوبه وضرب جرت عادة المتاع أن يباشره بنفسه ولا يستئيب فيه غالبا بأجرة كأجرة السهمسار وهو أن يستأجره على أن يتاع له المتاع وعلى أن يطويه له ويشده له لأن هذا ما جرت العادة أن يفعله التاجر لنفسه فالعوض عنه داخل في ربح رأس المال فان استأجره هو من ينوب عنه في ذلك لم يلزم المتاع ذلك كالمو باشره بنفسه فأراد أن يحسب في الثمن أجرته وكذلك نفقته وكراء بيته لأن العادة جارية أن يخزنه التاجر في بيت سكناء فاما يعامل على المعتاد فلذلك لم يحسب في شيء من ذلك ثمنه ولا ربحه وأما ما ليست له عين قائمة ولكنه أمر يختص بالمبيع وعادته أن لا يكون ذلك الا بأجرة ككراء حمله ونفقة الرقيق فهذا يحسب في الثمن ولا حظ له في الربح لأنه ليست له في المبيع عين قائمة وأما ما له عين قائمة في المبيع كالفصارة والخياطة والصبغ والطراز فهذا يحسب في الثمن وله حفظه من الربح لما كانت له عين قائمة بنفس المتاع وقد قال أبو محمد فان كان المتاع مما يعلم أنه لا يشتري الا بواسطة أو سهمسار والعادة جارية بذلك فيحسب من رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه ليست له عين قائمة قال وأما أكثر المنازل فان كان أكثرها ليسكن فيها ويأوى إليها فالمتاع تبع ولا يحسب كالأحسب النفقة على نفسه وان كان أكثرها ليعرض فيه المتاع ولولا ذلك لم يحسب اليه فانه يحسب بغير ربح والله أعلم

(فصل) وقوله فان باع البر ولم يبين شيئاً مما سميت أنه لا يحسب فيه ربح وفات البر فان الكراء يحسب ولا يحسب له ربح وان لم يفت فسخ بيعهما الا ان يتراضيا على شيء يريده انما يحمل على ما قاله مع الابهام فان لم يفت فسخ ذلك بينهما لأن المبيع لم يفت والبائع يقول لا أبيع الا بما سميت من الثمن والربح والمبتاع يقول لا أحسب في رأس المال شيئاً لم تجر به العادة ولا أجعل حظاً من الربح للمالا حظ له منه فيفسخ ذلك بينهما أو يتفقا على أمر يجوز من أمر يرضى أحدهما بما شاء الآخر أو بغير ذلك ولو رضى البائع بحط المالا يزم من الربح والثمن لزوم ذلك المبتاع قاله سحنون في كتاب ابنه (مسئلة) فان فاتت فقد قال مالك يحسب له على ما تقدم ذكره وقال سحنون في كتاب ابنه على المبتاع القمية الا أن يكون أكثر من الثمن الاول فلا يزداد وأقل من الثمن بعد طرح ما ذكرنا فلا ينقص وجه قول مالك ان هذا لم يصرح بالكذب ولا في لفظه انه اعتمده وانما أبهم لفظه ولذلك حكم في الشرع برده اليه مع الفوات لأن ذلك حكمه اللازم فذلك أحق به من القمية واذا لم تفت كان له أن يتمتع منه لاحتمال لفظه وليس كذلك الزيادة في الثمن فانه تصرح بالكذب ولم يأت بلفظ له عرف في الشرع وحكم مختص به فيرد اليه فلذلك رد في الفوات الى القمية ووجه القول الثاني ان هذا قد أظهر من لثمن ما لم يثبت له بالعقد فرد الى القمية كما لو زاد في الثمن (مسئلة) والزيادة في البيع على المراجعة على وجهين أحدهما أن تكون زيادة مضافة اليه والثاني أن تكون الزيادة من ثمنه فأما الزيادة المضافة فقد تقدم ذكرها وأما الزيادة بالثمن فعلى ضربين زيادة في العين وزيادة في القمية فأما الزيادة في العين فثل سمن الحيوان وولادته واثمار الشجر ونبات الصوف على الغنم وحدوث اللبن في الانعام واستغلال كراء الدور والارضين والريق فأما السمن فلم أر فيه نصلاً لأصحابنا وعندى أنه ان لم يتقرر به حواله أسواق وبعض من طول الزمان مالا يخلو من حواله الاسواق فانه يجوز بيعه

مرا بحتة ويحفل على منعه بيع المراجحة لزيادة القيمة ان يمنع أيضا ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما
الولادة فقد قال ابن سحنون في الذي يشتري الجارية فتلد عنده فيبيعها مرا بحتة ولا يبين أن المبتاع
الرد أو التماسك وحجته أن أسواقها قد حالت عند البائع ولم يبين ومعنى ذلك أن بيع المراجحة لا
يجوز عند مالك وأصحابه فيما قد حالت أسواقه إلا بعد أن يبين ذلك فإن بقيت السلعة عند المبتاع حتى
حالت أسواقها لم يكن له أن يبيع مرا بحتة حتى يبين ذلك والامة اذا بقيت عند المبتاع حتى ولدت فقد
بقيت مدة حالت فيها أسواقها وذلك بمنع بيع المراجحة وقد قال سحنون في الذي يبتاع غنما فتلد عنده
لا يبيع حتى يبين لأن الأسواق الى أن تلد تحول سواء باعها بولدها أو بغير ولدها وقال ابن القاسم
في المدونة أن ولدت الغنم عنده لم يبيع مرا بحتة حتى يبين وإن ضم إليها أولادها وهذا في الغنم الكثيرة
يتصور أن يقال لما تكامل ولادتها حتى تحول أسواقها وأما الشاة الواحدة أو البقرة أو الناقة
أو الامة فإن ولادتها قد تكون في ساعة واحدة ولا تحول في ذلك أسواقها فيجب على هذا جواز بيعها
دون تبين أن لم ينقص ذلك من ثمنها أو يريد أن الولادة المانعة من ذلك هي ما يكون ابتداء الحمل
عنده والله أعلم (مسئلة) وأما إثمار الشجر وكراء الرقيق والدواب فقد قال ابن القاسم في
المدونة من اشترى حواشي و اغتزلها أعواما أو دواب أو رقيقا أو دودا فاكترى ذلك كله زمانا إذا لم
تحل الأسواق فلا بأس أن يبيع مرا بحتة ولا يبين إلا أن يتناول فيبين لأنه لا يكاد أن يتناول ذلك
الا وتختلف الأسواق فاما إثمار الشجر واستغلالها أعواما فانه يحفل أنه يجوز ذلك فيها بعد
الأعوام لأن أسواقها لا تتغير الا في أعوام كثيرة ولا يسرع التغير اليها في أنفسها وأما اجارة الدواب
والرقيق فيحتمل أن يكون ذلك في مدة لا تتغير فيها أسواقها غالبا وكذلك اختلاف الانعام (مسئلة)
وأما جاز أصواف الغنم فإن لم يكن عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك لأنه لا يكون فيها الصوف
الامدة تتغير فيها الأسواق وإن كان عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك أيضا لأنه قد قبض
بعض ما اشتراه وباع الباقي مرا بحتة بجميع الثمن فلا يجوز ذلك حتى يبين قاله ابن القاسم في
المدونة (فرع) فإن ولدت الاناث فباع ولم يبين فلا يخلو أن يبيعها ويمسك أولادها أو يبيعها
مع أولادها فإن باعها أو أمسك أولادها ولم تنف فليمتنع أن يحبس أو يرد وليس للبائع أن يعطيه
الولد ويلزمه البيع لأن البائع باع بعد أن حالت الأسواق ولم يبين قاله سحنون وإن كانت الغنم فانت
وكانت أسواقها حالت الى زيادة فلا يزداد فيها ويمضي البيع وإن حالت بنقصان قال سحنون هي
كمسئلة الكذب وإن باعها مع الأولاد وكذلك أيضا للمبتاع الخيار لحالة الأسواق على أصلهم وإن
فانت فعلى حسب ما تقدم وإن كانت أمة فباعها دون الولد فالولد فيها عيب فليمتنع الرد وإن حالت
الأسواق ونقصت نقصا خفيفا لانها لا تنفوت بالرد بالعيب ولو رضى بذلك أجبر على جمعها في ملك
واحد ولو فانت بعثت فان حط قيمة العيب والافعل المبتاع قيمتها معيبة ما لم يجاوز الثمن بعد الغاء قيمة
العيب وور بحتة فلا يزداد أو ينقص عن ذلك فلا ينقص قال الشيخ أبو محمد هذا الذي ذكره ابن
سحنون من رجعه الى أن يحط عنه حصة العيب وور بحتة نحو ما ذكره ابن عبدوس ولا تأثر للقيمة في
هذا ولو باعها مع ولدها فلم يبين له أنه حدث عنده فلم يمتنع الرد والأمسك بحالة الأسواق فإن فانت
عند المبتاع بزيادة أو نقصان وكانت أسواقها زادت عند البائع فلا قيمة فيها لان القيمة أكثر من الثمن
ولا حاجة للمبتاع في عيب الولد لأنه قد علم به وإن كانت أسواقها نقصت فعلى ما تقدم وقال الشيخ أبو
محمد قوله قد تبين عيب الولد حين باع مع أمة لا يجزئه في بيع المراجحة وإنما حكمه أن يبين أن عنده
ولدت فهو كالوز وجها وأخبر بالزوج ولم يبين أنه عنده حدث والذي تقدم من أصل ابن عبدوس

أبين يريد أن ابن عبدوس يقول أن فانت لزم البائع أن يحط بقيمة العيب ورجعه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والوجه الذي أشار إليه الشيخ أبو محمد وجه ظاهر عندي وذلك أن من ابتاع سلعة فحدث عنده عيب ثم باعها بوجه وبين العيب ولم يبين أنه حدث عنده فإنه من باب الزيادة في الثمن لأنه أظهر أنه اشترى ما باع من السلعة بعشرة وهو إنما اشترى بالعشرة ما باعه من السلعة وما تلف عنده يحدث العيب فكأنه اشترى سلعتين بعشرة وبيع أحدهما بوجه على أنه اشترى بعشرة فعلى هذا إذا فانت السلعة تكون عليه القيمة الآن تكون أقل مما يصير لها من الثمن ورجعه بعد اسقاط قيمة العيب ورجعها فلا ينقص من ذلك أو يكون أكثر مما يصير لها من الثمن ورجعه دون الغاء قيمة العيب ورجعها والله أعلم

(فصل) وأما زيادة القيمة فهي حوالة الأسواق بالزيادة في المدونة عن مالك فحين اشترى سلعة فحالت أسواقها لا يبيعها بوجه حتى يبين وأن زادت الأسواق لأن الناس في الطري أرغب وظاهر المذهب على المنع من ذلك وأن زادت أسواقها وانما جاز أن يراعى اختلاف الأسواق من لا يراعى اختلاف العين بالزيادة لأنه إنما يبيع على شرائه والشراء مختص بحوالة الأسواق دون زيادة العين ونقصها ووجه آخر وهو أن بقاء السلعة مدة طويلة يدل على غلاء شرائها وعلى زهد الناس في عينها فإن حالت أسواقها إلى زيادة وتعذر بيعها مع ذلك مع تعريضها للبيع فذلك أدل على الزهد في عينها وإن المبتاع لها قد غلط في قيمتها وإذا اطلع على هذا من حالها لم يجز له أن يكتم عن بائعها ما راجع إليه لأنه داخل ابتياعه فيجب له أن يعرف من صفته ما عرفه بعد بائعه والله أعلم (مسألة) إذا قلنا أن حوالة الأسواق تمنع بيع المراجعة فإن حالت في القرب إلى نقص فلا يبيعها بوجه حتى يبين وأن حالت بزيادة قال ابن حبيب ليس عليه أن يبين وقال ابن القاسم في الزيادة أن لا يبيع حتى يبين ولم يفصل بين قرب المدة وطولها وقد أشار إلى ذلك بقوله لأن الناس أرغب في الطري وجوز ابن حبيب ذلك في القرب قال ابن حبيب فإن طال لبثها عنده فليبين حال سوقها ولم يجعل المانع طول اللبث أو التغير إلى النقص قال فان لم يبين فلم يمتنع رد المبيع فان فانت رد القيمة (مسألة) وهذا في زيادة العين والقيمة فأما النقص من ذلك فمانع من البيع الآن يبين وقد قال مالك فحين باع جارية فذهب عنده ضررها أو أصابها عيب لا يبيعها بوجه حتى يبين فان وقع ذلك فلم يمتنع الرد أو الماسك ما لم تنف فان فانت فعلى ما تقدم (مسألة) فإذا حدث النقص من انتفاع البائع به مثل أن تكون جارية فيفتنها أو ثوبا فيفلسه أو دابة فيسافر عليها فقد قال ابن سحنون وابن عبدوس إن باع الجارية ولم يبين أنه اقتضاها فخطه البائع ما ينوب الاقتضا ورجعه فلا حجة له قال ابن عبدوس بخلاف العيوب لأن من باع جارية فليس عليه أن يبين أنها بكر وانما حجة المبتاع أن البائع زاد في الثمن فهي بالبيع الفاسد أشبه ويفتنيها حوالة الأسواق فان فانت بحوالة الأسواق فالمبتاع مخير بين أن يأخذ من البائع قيمة الاقتضا ورجعه وبين أن يسترجع الثمن وعليه قيمتها مفتضة يوم قبضها ما لم يزد على الثمن الأول أو ينقص عنه بعد طرح قيمة الاقتضا ورجعه قال ابن عبدوس وأصل جوابها لأشبه ومثلها لابن القاسم في المشتري لغنم عليها صوف فجزأ صوفها وبيعها بوجه ولم يبين واشترى ثوبا ففلسه أو دابة فسافر عليها ولم يبين لأن ذلك نقص وليس بعيب ومعنى ذلك أن المبتاع قد رأى الغنم مجزوزة ورأى الثوب ملبوسا والدابة قد عجمفت ولم يعلم أن ذلك حدث عند البائع منه واعتقد أنه اشترى على ذلك وانما معنى المسئلة للزيادة عليه في الثمن لأن الثمن الذي عرف به كان ثمن ما يبيع منه وما ذهب قبل ذلك عند البائع والله أعلم ص قال مالك

في الرجل يشتري المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدinar فيقدم به بلدا فيبيعه مائة أو يبيعه حيث اشتراه مائة على صرف ذلك اليوم الذي باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدرهم وباعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير وباعه بدرهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشتري بالثمن الذي ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الرجوع على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع **مسألة** قوله في الذي يشتري المتاع بالذهب والصرف على قدر ما ثم يبيعه والصرف على غير ذلك القدر مائة هذا السؤال يحتمل وجهين أحدهما أن يشتري بالذهب ويبيع بالذهب وقد اختلف الصرف في وقتي البيع والشراء فهذا لا يمنع صحة البيع مائة ولا يحتاج الى بيان **والثاني** ما أجاب عنه وأن يبتاع بالذهب فيبيع بورق أو يبتاع بورق فيبيع بالذهب وهذه المسئلة التي أجاب عنها فهذا لا يجوز أن يبيع مائة حتى بين سواء تغير الصرف أو لم يتغير لانهما جنسان مختلفان الأغراض فيهما فان وقع ذلك فالمبتاع بالخيار بين الأخذ والرد ما لم يفت للبائع أن يلزمه اياه بما نقد فيه لان المبتاع لم يرد الشراء بهذه العين وانما اشترى بغيرها لكنه ثبت له الخيار لما ظهر من ان البائع ابتاع بغير ما أظهر اليه وان فاتت السلعة فقد قال مالك ما ثبت في الأصل انها للمشتري بالثمن الذي ابتاعها به وقد قال في كتاب ابن المواز الا أن يجيء أكثر مما رضی به ولم يجعل مالك في هذا قبة كما فعل في مسئلة الزيادة في الثمن وحوالة الأسواق في مثل هذا فوفت وقال مالك في المدونة ان فانت ضرب الرجوع على ما هو الأفضل للمشتري (مسئلة) ومن اشترى بعين فدفعت في ذلك عرضا أو باع بعرض فدفعت عينه فانه يجوز له اذا بين أن يبيع مائة على أيهما شاء عند ابن القاسم يبيع على عرض بصفة أو طعام ولا يجوز أن يبيع على قيمة وقال أشهب لا يبيع على عرض ولا طعام موصوف لان من يبيع ما ليس عنده ولا يجوز أن يثبت في الذمة طعاما معجلا يبيع وجه ما قاله ابن القاسم عندي انه يحتمل أن يكون العرض الذي ابتاع به البائع مائة مائة مثله عند المبتاع فلذلك جاز أن يبيع منه به وقال بعض المغاربة انما جاز ذلك لانه لم يقصد بيع ما ليس عنده ويجوز ذلك مجرى من ابتاع شقصا بمكيل أو موزون فان الشفيع يأخذ بمثله وان لم يكن عنده والأول عندي أظهر لان الشفعة حق ثبت له وله الأخذ به وليس للمشتري الامتناع منه فكان ذلك بمنزلة حق قدر له والشفعة حجة على قائل هذا القول لانه ليس بمكيل يأخذ الشفعة بقيمة دون مثله ولا يجوز في المراجعة أن يبيع على قيمة ثوبه الذي ابتاع به هذه السلعة والله أعلم (مسئلة) وان ابرأين لم يجز البيع على المراجعة وجوز أبو حنيفة ذلك وقال يبيع مائة قبل أن ينقد ثم ينقد بعد ذلك والدليل على ما نقوله أن يبيع المراجعة انما هو على شراء البائع فاذا نقد على غير ما عقده فلم يتم بيعه الا بما نقد وقد يكون ما عقده أفضل وحاجي هو فانه نقد فلا يلزم ذلك بما سمي من الثمن في العقد وقد نقد غيره وقد يكون ما عقده أفضل وحاجي هو فانه نقد فلا يلزم ذلك المشتري لان يبيع المراجعة انما يتعلق ببيع المكيسة والاجتهاد دون بيع المحاباة فان وقع من غير بيان فعلى حسب ما تقدم (مسئلة) ولو أقال بالثمن لم يكن له أن يبيع مائة الا أن يبين قائله ابن القاسم فان باع فقد قال ابن القاسم في المدونة من ابتاع بأجل فباع مائة ولم يبين البيع مردود قال ابن حبيب ان شاء المبتاع وهذا خلاف القول الأول وقد روى ابن المواز ان لم يفت ينقض البيع وليس للمشتري امساكها فان فاتت فعليه قيمتها يوم قبضها بالرجوع وهو نحو ما في المدونة اذا فاتت وزاد ولا يضرب له الرجوع وان كانت قيمتها أقل مما باعها به قال ابن سحنون عن أبيه ان فاتت قوم

في الرجل يشتري المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدinar فيقدم به بلدا فيبيعه مائة أو يبيعه حيث اشتراه مائة على صرف ذلك اليوم الذي باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدرهم وباعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير وباعه بدرهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشتري بالثمن الذي ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الرجوع على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع

الدين بالنقد فان كان عشرة دنابر وكانت قيمته ثمانية دنابر فهي كمسئلة الكذب له قيمتها ما لم تجاوز عشرة ور بمها أو ينقص من ثمانية ور بمها ويقتضى قوله هذا أنه موافق لقول ابن حبيب ان للبائع الرضا بالسلعة ان لم تنفذ وقد تأول قول ابن القاسم بعض شيوخنا المغاربة على ان المراد به اذا فانت السلعة لانه فسخ القيمة التي وجبت بالنقد في أكثر منها الى أجل وهذا ينحو الى ما قاله ابن حبيب غير ان رواية محمد بن محمد منع هذا لانه قال ان لم تنفذ بنقص وليس للمشتري امساكها وقد حل الشيخ أبو محمد ما في المدونة وكتاب محمد على وجه واحد وكذلك تأوله جماعة من القرويين وقد استوعبنا الكلام على هذه المسئلة في شرح المدونة وقد اختلف المتأخرون من أصحابنا المغاربة في هذه المسئلة فقال بعض القرويين انه سواء آخر بعد الشراء بالنقد واشترى على التأجيل وقال أبو محمد عبد الحق لم يجعلها ابن القاسم كمسئلة الكذب وليس هذا بالبين من قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى سلعا فباع بعضها رابحة فلا يخلو أن تكون غير مكيلة ولا موزونة أو بما يكال أو يوزن فان كانت غير مكيلة أو موزونة كالثياب والحيوان فان كانت معينة لم يجز أن يبيع بعضها رابحة حتى يبين قاله ابن القاسم في المدونة زاد ابن عبدوس وكذلك الرجلان يشتريان البز فيقسمانه لا يبيع أحدهما رابحة حتى يبين ووجه ذلك انه اذا شمل ما عقدي بيع فلا يختص بعضها بحصة من الثمن الا بعد التقويم والتقويم قد تدخله الزيادة والنقصان فلا يلزم ذلك المشتري حتى يبين له به وقد علل ابن عبدوس عن ابن القاسم بذلك ان من حجة المتبائع ان الجلة يرغب فيها فيزاد في ثمنها ألا ترى انه لو استحق جمل صفقة لم يلزمه ما بقي وكان يجب على هذا التعليل أن يكون له ذلك في المكيل والموزون والذي علل به ابن القاسم في المدونة ان الثمن يقسم على الثوبين بالقيمة وهو الذي قدمته وهو أظهر على قوله في المكيل والموزون وليس عليه أن يبين (فرع) فان لم يبين قال ابن عبدوس للمشتري الرد ان شاء ما لم تنفذ فان فانت فالقيمة يوم القبض ما لم يجاوز الثمن الأول (مسئلة) فأما ان كان الثوبان في الذمة على صفقة واحدة ففي المدونة عن ابن القاسم ذلك جائز ووجه ذلك انه لا يحتاج فيما يخص كل واحد منهما من الثمن الى تقويم لتساويهما في الصفقة قال ابن القاسم ألا ترى انه لو وجد باحدهما عيب أو استحق رجوع بمثله فأشبهه المكيل والموزون والمعين لا يرجع بمثله (مسئلة) وان كان بما يكال أو يوزن في العتية في طعام أو غيره ففي المدونة يجوز أن يبيع بعضه رابحة دون أن يبين ووجه ما قدمناه من تساوي الثمن في التقسيط مع تساوي أجزائه وقد روى ابن القاسم في الذي يشتري المكيل فيجذب اليسير منه عيبا أنه يلزمه أن يرد المبيع ويمسك السليم ان شاء ذلك البائع وان وجد العيب بالأكثر لم يلزمه ذلك لان له غرضا في الكثرة فكان يجب على هذا أن يكون ذلك حكم المكيل والموزون أو يفرق بين مسئلة الرد بالعيب والمراجعة في المكيل والموزون (مسئلة) فان ابتاع سلعة تجوز له فيها درهم زائف فعليه أن يبين ما نقد فيها قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من ان نقده معتبر في بيع المراجعة كما يعتبر فيه ما يعقده واذ لم يبين أحد الأمرين فلم يتابع الخيار في ذلك على حسب ما تقدم (مسئلة) ولو وهبه المتبائع بعض الثمن فقد قال مالك في المدونة اذا وهبه ما يشبه أن يكون وضعية من الثمن فخط البائع ذلك عن المتبائع لزم المشتري البيع فان أبي البائع فلم يشتري أن يأخذها بجميع الثمن أو يردّها ولو كان انما وهبه من الثمن ما لا يشبه أن يوضع عنه لأجل البيع مثل أن يهبه جميع الثمن أو بصفة لم يلزم البائع أن يحط شيئا من ذلك عن المشتري قال ابن القاسم فعلى هذا يبيع رابحة ولا يبين والله أعلم (فرع) فاذا قلنا ان البائع رابحة يحط

ما حط على وجه الوضعية فقد قال سحنون يحط بذلك دون ماله من الربح وقال أصبغ بل يحط به بابه بما يقابله من الربح وجه قول سحنون ان البائع مرابحة انما يسقط عنه من الثمن قدر ما قام حط عن المبتاع منه ذلك القدر لزمه البيع وما يقابل ذلك من الربح فلم يتعلق به هبة فلا يلزمه اسقاطه ووجه قول أصبغ ان ما يقابل الهبة من الربح انما يثبت له لأجل ما وضع عن المبتاع للهبة فيجب أن يحط عن المشتري اذا حطت عنه الهبة كما يثبت عليه بثبوت ما تعلق به الهبة من الربح قال مالك واذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر دينارا ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين دينارا وقد قامت السلعة خيرا للبائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه الآن تكون القبة أكثر من الثمن الذي وجبه له بالبيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وان أحب ضرب به الربح على التسعين الآن يكون الذي بلغت سلعته من الثمن أقل من القبة فيخير في الذي بلغت سلعته وفي رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا ثم شق وقوله وان باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار يربى قامت عليه بالبيع مكايسته واجتهاد لان يبيع المرابحة مخصوص بمالكه البائع بذلك دون مالكه بمرأى أو هبة أو صدقة فان ملكه بشئ من ذلك لم ينبغ له أن يبيع مرابحة وكذلك ان اشتراها رجاء في ذلك لم يجز له أن يبيع مرابحة حتى يبين وقد قال ابن القاسم في المدونة من اشترى جارية بعشرين فباعها بثلاثين فأقال منها المشتري لم يجز له أن يبيع مرابحة الا على العشرين لانه لم يتم البيع بينهما وقال مالك في العتية وان أقال من سلعته فلا يبيع مرابحة على ثمن الاقالة حتى تبين فتفسير ابن القاسم على احدي الروايتين في الاقالة انها تقضي بيع وأما على قولنا انها يبيع مبتدأ فلا يجوز أيضا أن يبيع مرابحة لان الاقالة من عقود المكارمة والمساخطة فلا يجوز أن يبيع مرابحة ما ملك على هذا الوجه لما قدمنا من أن يبيع المرابحة مخصوص بمالك على وجه الاجتهاد والمكايسة (مسئلة) ولو باع رجل من رجل سلعة بربح درهم ثم اشتراها منه بربح درهمين جاز أن يبيع مرابحة ولا يبين قاله ابن القاسم في العتية وهذا بخلاف الاقالة لان ابتياعه للسلعة بربح من عقود المكايسة وهذا منها ولا يمنع أن يبيعها بربح ثم يرى ان اشتراها بأكثر من ذلك الثمن وجهه بربح لحواله إلى الأسواق أو لزيادة في غيرها أو لغبر ذلك ومن الواضحة اذا أقاله بزيادة أو نقصان أو اشتراها بربح فلا يبيع مرابحة على الثمن الآخر حتى يبين قاله مالك (مسئلة) ومن تأبض في سلعة اشترى له ففي العتية عن مالك أنه أن يبيع ولا يبين قال سحنون يلزمه أن يبين وجهه بقول مالك ان رضاه بما اشترى له حين رآه لا يخلو أن يكون لما رأى في ذلك من الغبطة وانه لا غبن عليه فيها أو رأى الغبن فيها ورضاه بالعرض له فيها فان رأى أنه لا غبن عليه فيها ورضاه فهو كشرائه لها لا يبيع حتى يبين لما في ذلك من المحالة لانه قد كان له أن يردها على من تولى شراءها وجه قول سحنون ما احتج به من أن للمشتري أن يقول انما رضيت باجتهادك وميزك فلا أرضى بما تناول غيرك شراءه

(فصل) وقوله في الذي يبيع سلعة مرابحة قامت عليه بمائة للعشرة أحد عشر ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين يحتمل أن يريد بذلك ان البائع غلط وظن انها قامت عليه بمائة فباع بذلك ثم جاءه العلم بانها قامت عليه بتسعين ويحتمل أن يريد بذلك ان البائع قال قامت عليه بمائة ثم جاء المبتاع العلم بانها قامت عليه بتسعين ولا يخلو أن يكون هذا الخبر ورد قبل أن تنفوت السلعة أو بعد أن قامت فان كان ذلك قبل أن تنفوت فلم يبتاع أن يأخذها بجميع الثمن فيلزم ذلك البائع أو يردها فيلزم ذلك البائع وليس للمبتاع أن يقول أخذتها بتسعين وربحها الا أن يرضى البائع قاله ابن القاسم في المدونة

قال مالك واذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين دينارا وقد قامت السلعة خيرا للبائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه الآن تكون القبة أكثر من الثمن الذي وجبه له به البيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وان أحب ضرب به الربح على التسعين الآن يكون الذي بلغت سلعته من الثمن أقل من القبة فيخير في الذي بلغت سلعته وفي رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا

واضح لذلك بأنه ليس للمبتاع أن يأخذها بالثمن الصحيح ورجمه وهي لم تبلغ منه بذلك وللمبتاع أن يلزم ذلك المبتاع بالتسعين ورجمه فيلزمه ذلك (فرع) وأهم ما يندأ بالتخير قال سحنون ان لم تفت بدى المبتاع بالخيار بين أن يرد أو يحبس بجميع الثمن فان رد خبر البائع بين أن يرد أو يحبط الكذب ورجمه فيتم البيع قال ابن عبدوس والفرق بين هذا وبين العيب يحده المبتاع فيعط عنه قيمته البائع ان ذلك لا يلزم المبتاع ان العيب قائم بعد الخطيئة ولا يبقى بعد خطيئة الكذب شيء يكرهه المبتاع من السلعة ويصير كالعيب يذهب

(فصل) وقوله فان فأت السلعة خبر البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضها منه وقدر روى على بن زياد عن مالك في المدونة قيمتها يوم باعها قال ابن القاسم يوم قبضها المبتاع فعلى هذا يحتمل أن يكون ابن القاسم راعى القيمة يوم القبض يؤيد ذلك انه روى عن مالك انه يشبه البيع الفاسد وعلى رواية على بن زياد القيمة يوم العقد انه عقد صحيح وقد قال بعض الفقهاء انما حصل ذلك ابن القاسم على أن يوم القبض هو يوم العقد وقد قال ذلك في غير مسئلة فعلى هذا لا خلاف بين القولين في المسئلتين وتأويلهما وقدر روى عن الشيخ أبي عمران رضى الله عنه ان ضمان السلعة قبل القبض من البائع وروى عنه من المبتاع وهو يرجح بين المقاتلين وتأويلهما والله أعلم * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذي تبين عندي ان هذا اللفظ غير مرعى وان يوم القبض هو يوم العقد قول مالك في الموطأ في مسئلة على بن زياد فممن اطلع على سلعة باعها من ابنة على بن زياد في ثمنها قيمتها يوم قبضت بمثل قول ابن القاسم واذا قلنا بذلك فوجه واضح واذا قلنا ان ذلك على روايتين فوجه قول ابن القاسم انه بيع يفوت بحواله الأسواق فاعتبرت فيه القيمة يوم القبض كالبيع الفاسد ووجه رواية على بن زياد انه عقد عرا عن الفساد فاعتبر فيه القيمة يوم العقد كسائر البيوع الصحيحة في الاستحقاق والرد بالعيب والله أعلم (مسئلة) وبماذا تفوت السلعة اتفق أصحابنا على أنها تفوت بالزيادة والنقصان وزاد ابن القاسم طرد مذهبه في تشبيه ذلك بالبيع الفاسد أنها تفوت بحواله الأسواق والله أعلم وأما رواية على بن زياد فظاهرها أنها من البيوع الصحيحة فلا تفوت بحواله الأسواق وقد تأول عليه ذلك لما روى في المدونة عن مالك ان فأت السلعة بناء ونقصان خير البائع ولم يذكر حواله الأسواق وهذا التأويل ليس بالبين لانه قد روى عن مالك ما سمع منه وليس فيه نفي بغير ذلك الا عند من قال بدليل الخطاب في الأسماء وهو ضعيف وفي المدونة من قول ابن القاسم ان فوات السلعة في قول مالك ان ابتاع أو تذهب من يده أو يزبد في بدنها أو تنقص قبل له فان تغيرت الأسواق قال هو فوات أيضا فنص أولا على تغيير العين وفواتها ولم يذكر حواله الأسواق فلما سئل عن ذلك ألحقه بما تقدم ص **ع** قال مالك وان باع رجل سلعة من ابنة فقال قامت على بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك أنها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به على حساب ما رجمه بالغام بالغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاع به لأنه قد كان رضى بذلك وانما جاءه رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذي ابتاع به على البرنامج

* قال مالك وان باع رجل سلعة من ابنة فقال قامت على بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك انها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به على حساب ما رجمه بالغام بالغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاعها به لأنه قد كان رضى بذلك وانما جاءه رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذي ابتاع به على البرنامج

سلعته قائمة ولا يلزم المتابع ما ظهر من الثمن الذي لم يرض به فكان له الخيار في ذلك (مسئلة) فان فاتت فقد قال في الموطأ أن شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به يريد المائة وعشرين على حساب ما ربحه بالغام بلغة الآن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به يريد الآن تكون القيمة أقل من الثمن الاول وهو المائة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاعها أي بلفظ التخير وليس هناك تخير وانما هو على سبيل المجاز الآن يكون بمعنى النذب للمتابع أن يبلغ البائع الثمن الذي ظهر وربحه ولا ينقصه منه شيئاً وان كانت قيمة السلعة أقل من ذلك ومعنى لفظ المدونة في رواية على بن زياد أن المشتري أن يعطى البائع القيمة الآن تكون أقل من الثمن الذي اشتراها به وهي عشرة ومائة فلا ينقص منه أو يكون أكثر من ضرب الربح على رأس المال وهو مائة وعشرون فلا يزداد عليه ووجه ذلك ان السلعة لما فاتت ولم يتقدم فيها عقد سالم يلزم بمجرد دون الفوات كان بدل تلك السلعة قيمتها كالبيع الفاسد فان قصرت القيمة عن الثمن الأول أو ربحه فلا ينقص منه لان المتابع قد كان رضى به دون أن يظهر ما ظهر من زيادة الثمن فلا حجة له وان كانت القيمة أكثر من الثمن الذي ظهر وربحه فلا حجة للبائع لانه قد كان رضى أن يبيعه بأقل من هذا وهو يعتد أن ذلك ثمنه فان أعطى الثمن الذي ظهر وربحه فلا حجة له فان المشتري يقول لم أكن أريد أن أشتري هذه السلعة بثمانيتها والله أعلم ومن اشترى ثوباً بعشرة فغلط البائع فدفع اليه ثوباً بخمسة عشر فلبسه حتى أبلاه في الموازية والعنتية أشهب عن مالك أن قطع المتابع فهو له بثوبه وقال ابن ميسر له أنه أخذه مقطوعاً دون غرم شيء وكذلك ان دفعه اليه رسوله ووجه ذلك ما قاله في العنتية ان للمتابع أن يقول أردت ثوباً بعشرة ولم أرد ثوباً بخمسة عشر فيحتمل أن تكون مسئلة المراجعة ومسئلة العنتية مسئلة واحدة فيهما روايتان ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رواية على انما هي في مسئلة المراجعة ورواية أشهب في مسئلة مساومة (فرق) والفرق بينهما أن يبيع المراجعة انما باعه على أن يربح في كل عشرة دينارا فاذا فاتت عنده الثوب بلبس أو قطع لم يجز أن يرجع على ذلك الا الى القيمة ما لم ينقص عن الثمن الاول وربحه فلا ينقص منه لان المشتري قد رضى بذلك أو يزيد على الثمن الذي ظهر آخره وربحه فلا يزداد عليه لان هذا أقصى مطلب البائع وليس كذلك الذي باع مساومة فانه لم يدخل على اشتراط ربح ولا نجاة عن خسارة وهذا كما تقول في الرجل يشتري نصف العبد بمائة ويشترى رجل آخر نصفه الآخر بمائتين ويبيعه مائة رابحة فان لصاحب المائة ثلث الثمن ولصاحب المائتين ثلثي الثمن ولو باع مساومة لكان الثمن بينهما نصفين (فرع) فاذا قلنا برواية على بن زياد فيما اذا ثبت بما ادعاه البائع قال ابن ميسر لا يصدق الآن يعلم ذلك بقوم حضر واشترأه وأمر يستدل عليه والثوب حاضر * قال القاضي أبو الوليد ومعناه عندي أن يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه وانه يشبه من الثمن ما دفعه عليه والله تعالى أعلم

❦ البيع على البرنامج ❦

ص ❦ قال مالك الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل منهم البز الذي اشتريت من فلان قد بلغتني صفته وأمره فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا فيقول نعم فربحه ويكون شريكاً للقوم مكانه فاذا نظر اليه رآه فبيعه واستغلاه * قال مالك ذلك لازم له ولا خيار له فيه اذا كان ابتاعه على برنامج معلوم وصفة معلومة ❦ ش قوله في أول المسئلة في

❦ البيع على البرنامج ❦
❦ قال مالك الأمر عندنا في
القوم يشترون السلعة
البز أو الرقيق فيسمع به
الرجل فيقول لرجل منهم
البز الذي اشتريت من
فلان قد بلغتني صفته
وأمره فهل لك أن أربحك
في نصيبك كذا وكذا
فيقول نعم فربحه ويكون
شريكاً للقوم مكانه فاذا
نظر اليه رآه فبيعه
واستغلاه * قال مالك
ذلك لازم له ولا خيار له
فيه اذا كان ابتاعه على
برنامج معلوم وصفة معلومة

القوم يشترون البز والرقيق فيبيعه على البرنامج يريد والله أعلم ان الرقيق غيب غيبة بعيدة يشق على المتابع غالباً التوجه اليهم ولو كانوا حاضرين لم يجز ذلك لان النظر اليهم يمكن لا مشقة فيه فلا ينوب عنها الوصف وانما ينوب عنها اذا كان يمنع من النظر اليها مانع من بعد مسافة أو تعبر طي وشدي لحق فيه مؤنة ونفقة ويؤدي ذلك الى تغيير نضارة الثوب وهيئته التي تزيد في ثمنه وقد روى ابن المواز عن مالك لاخير في أن يبيع جارية عنده في الدار حاضرة على الصفة قال محمد لأنه يقدر على النظر اليها ووجه ذلك أنه اذا لم تكن في النظر اليها مضرة وشرطاً ترك ذلك فهو من يبيع المناذرة الذي نهى عنه ومن يبيع الغرر الذي لا يجوز اذا قصده البائعان أو أحدهما والله أعلم (مسئلة) فأما الثياب فيجوز ذلك فيها على وجهين أحدهما أن تكون غائبة والثاني أن تكون حاضرة مشدودة في اعدائها بحيث يشق حلها ويحتاج الى مؤنة في ردها الى شدة ما يلحقها في الحل والشد وتكرار ذلك على كل مشتري يدرونها من الابتداء لها والاذهاب لكثير من حسننها ولا بد في الوجهين جميعاً من تقديم رؤية أو صفة وروى جواز ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وقد منع من ذلك الشافعي في أحد قوليه وقال لا يجوز بيع عين غير مريئة وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر والدليل على ما نقوله ان هذا يبيع على الصفة فجاء في العين الغائبة أصله السلم المضمون في الذمة (مسئلة) اذا ثبت ما قلناه من انه يجوز بيع الاعيان الغائبة على الصفة فان البيع لازم وليس لهم رده وان استغلوه اذا فتحوا المتاع ما وجدوه على تلك الصفة خلافاً لأبي حنيفة في قوله للبتاع الخيار وان وجد المتاع على تلك الصفة والدليل على ما نقوله ان هذا يبيع على صفة فوجب أن يكون لازماً أصل ذلك السلم

(فصل) وقوله ان المتاع الذي اشترى من فلان قد بلغني صفته وأمره فهل لك أن أربحك لفظ فيه اختصار ولا بد أن يتصل به أن يذكر له تلك الصفة وأما ان اقتصر على هذا القول لم يصح لأن للبتاع أن يدعي من الصفة اذا نظر الى المتاع ما شاء ولم يقع بينهما بيع على صفة معينة فلم يجز ذلك (فصل) وقوله ويكون شريكاً للقوم مكانه يعني انهم كانوا جماعة شركاء اشترى كوا في ذلك المتاع فباع منهم أحدهم حصته فصار للبتاع شريكاً لسائر الشركاء بحصة من باع منه ويكون هذا حكمه بنفس العقد قبل فتح المتاع

(فصل) وقوله فاذا نظر الىه فراه قبيحاً واستغلوه ان ذلك لازم لهم دون خيار يريد انهم رأوه مع موافقة البرنامج من أقبح ما تقع عليه تلك الصفات التي تضمنها البرنامج وذلك انه على هذا دخل أن يلزمه كل ما وجدت فيه تلك الصفات فان الصفات قد تتفق ويكون بعضها أمثل من بعض ومثل هذا يعتري المرتضى فقد يرى المتاع فيحسن عنده ثم يراه مرة أخرى فيقبح عنده ولا يثبت ذلك للبتاع خياراً والله أعلم ص قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجاً ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطه سارية ذرعها كذا وكذا ويسمى لهم أصنافاً من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعمال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه اذا كان المتاع موافقاً للبرنامج ولم يكن مخالفاً له قال مالك وهذا على ما قال ان من قدم بأصناف من البز فيقرأ برنامجاً على السوام ويذكر عدد ما في كل عدل من ثيابه وأجناسها وذرعها قال القاضي أبو

قال مالك في الرجل يقدم له أصنافاً من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجاً ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطه سارية ذرعها كذا وكذا ويسمى لهم أصنافاً من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعمال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه اذا كان المتاع موافقاً للبرنامج ولم يكن مخالفاً له

محمد ونوعها وثمنها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه يجب عليه أن يذ كرمع الثمن ما يجب أن يذ كرمه من الصفات في السلم فإن وافق المتاع تلك الصفات لزم المتاع وقال القاضي أبو محمد في بيع الاعيان الغائبة ان الذي يحتاج اليه من ذكرا الصفات كل صفة مقصودة تختلف الاغراض باختلافها وتتفاوت الاثمان لأجلها وتقل الرغبة في العين وتكثر بحسب عدمها ووجودها وهو نحو ما قدمناه

(فصل) وقوله ويقول اشتروه منى على هذه الصفة يريد والله أعلم على وجه المراجعة فأما ان باعه منهم على غير المراجعة ففي العتية من رواية ابن القاسم عن مالك لأحب ذلك وهذا تدخله الخديعة

* بيع الخيار *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يمتزقا لا يبيع الخيار * قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيا بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان * ش قوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يمتزقا يختلف العلماء في تأويله فذهب مالك إلى أن المتبايعين هما المتساومان لأن المتبايعين انما يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ومحاولة ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يبيع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لا يسم على سومه فعلى هذا يكونان بالخيار مالم يمتزقا بالقول ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع باتمام الإيجاب والقبول ويكون معناه ان تفرقهما قد حصل بان استبعد المتبايع بما ابتاعه والبائع بثمنه وقد يكون التفرق بالاتحياز إلى المعاني والتباين فيها قال الله تعالى وماتفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة يريد والله أعلم تفرقهم في الاديان ومبانية بعضهم لبعض فعلى هذا يكون معنى الحديث المتساومين لهما الخيار مالم يكتملا البيع قال بهذا أبو حنيفة والنخعي وربيعة بن أبي عبد الرحمن وذهب ابن حبيب إلى أن المتبايعين هما من قد وجد منهما التبايع وانقضى بينهما باتمام الإيجاب والقبول وانهم ما قبل ذلك لا يوصفان بأنهما متبايعان وانما يوصفان بأنهما متساومان ومعنى مالم يمتزقا بالابدان فيكون معنى الحديث على ذلك انهما بالخيار بعد وجود الإيجاب والقبول مادام في المجلس حتى يمتزقا بان يزول أحدهما عن الآخر ويفارقه بذاته وهذا قال الشافعي وهو يذهب عبد الله بن عمر وسعيد بن المسيب والحسن البصري والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فلم يثبت فيه خيار المجلس كالتكاح

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يمتزقا لا يبيع الخيار يقتضي والله أعلم على تأويل مالك وأصحابه الآن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررّة يثبت مثلها في المبيع ولا يقدر الخيار بمدة فيقضى فيها بالواجب فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه قوله انهما بالخيار مالم يمتزقا فانه لا خيار بينهما بعد التفرق الا في بيع الخيار فكأنه قال حكم البيوع اللزوم بمجرد العقد الا البيع الذي يشترط فيه الخيار فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط ومعناه على تأويل ابن حبيب ان كل واحد منهما بالخيار مادام في المجلس الا يبيع الخيار وذلك أن يقول أحدهما لصاحبه اختر الا مضاء أو ازل ف يختار فينقطع بذلك الخيار ويكون معنى ذلك ان عقد البيع على

* بيع الخيار *

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يمتزقا لا يبيع الخيار * قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه * حدثني مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيا بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان

الخيار إلا أن يوقف على قطع الخيار بعده واللفظ في الاول أظهر من وجهين أحدهما أن بيع الخيار إذا أطلق في الشرع فإنه يفهم منه اثبات الخيار فيه لا قطعه والثاني أنه إذا قل له بعد كمال العقد أجزأ أو رد لا يجب أن يوصف بذلك البيع بأنه بيع خيار لأن قطع الخيار إنما يطرأ بعد كمال العقد وعلى تأويل مالك يوصف بيعهما بأنه بيع خيار لأنه مشروط فيه ومنعقد على حكمه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن مدة الخيار ثابتة في الشرط وهي مختلفة باختلاف المبيع ولا يقصر على ثلاثة أيام خلافاً لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله أن هذا خيار يستحق به الرد فلم يقصر على ثلاثة أيام كخيار الرد بالعيب (فرع) إذا ثبت ذلك فالخيار بالبيع بقدر ما يحتاج إليه من مدة النظر إليه والاختيار له والسؤال عنه مع تسرع استعماله المبيع وابطاء ذلك فيه ففي المدونة هو في الدار الشهر ونحوه وفي الواضحة عن ابن الماجشون الشهر والشهران ووجهه أنه يحتاج من النظر إلى حيطانها وأسسها ومرافقها واختبار جيرانها ومكانها إلى ما يحتاج فيه إلى المهلة مع كونها مأمونة لا تسرع إليها الاستحالة (فرع) وأما الرقيق فعن مالك في المدونة الخمسة الأيام والجمعة وما أشبه ذلك وقال ابن المواز الأربعة أيام والخمسة ولا أفسخه في عشرة أيام وأفسخه في الشهر وأجاز ابن القاسم في العبد عشرة أيام وروى ابن وهب أن مالكا أجاز في الشهر وأباه ابن القاسم وأشهب وجه أجازته في الشهر أن الرقيق ذو ميز وربما ستر ما فيه من الاخلاق والعيوب التي تزهديه ويستعمل ما يرغب فيه مدة فيجب أن يسرع فيه من مدة الشرط ما لا يكاد أن يستتر فيه أمره غالباً وإن رام ستره ووجه قول ابن المواز أنه يحتاج فيه إلى الاختبار المدة إلا أن التغير يسرع إليه فنع ذلك طويل المدة والشهر مدة يتغير فيها غالباً (فرع) وأما الدابة ففي المدونة يركب اليوم وما أشبهه ولا بأس أن يشترط السير عليها البريد والبريدن ما لم يتباعد ذلك والفرق بينها وبين الرقيق أنها لا تميز فتكتم أخلاقها وأحوالها في مثل هذه المدة يختبر حسن أخلاقها وسيرها ويحتمل أن يركب الدابة اليوم في المدينة على حسب ما يركب الناس في قصر فاتهم وسير البريد والبريدن لمن خرج من المدينة ليختبر بذلك تفاسيرها وصبرها في حالها * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن تضاف إلى ذلك الليلة ليختبراً كلها وحالها في وقوفها ووضع آلتها عليها ونزعها عنها ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج إليه فأنما يسرع التغير إليها وقال أبو محمد عبد الحق أنه يشترط الخيار في الدابة اليوم والثلاثة كالثوب من غير ركوب وإنما شرطه في المدونة اليوم للركوب والله أعلم (فرع) وأما الثوب ففي الواضحة يشترط فيه اليومان والثلاثة ووجه ذلك أنه يسئل عنه أهل المعرفة ولم يضيق عليه في ذلك لأنه يسرع إليه التغير ولا يشترط لباس الثوب وإن شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة لأن اختبار الرقيق إنما يكون بالاستخدام والتصريف واختبار الدابة بالركوب وأما الثوب فلا يختبر باللباس الآن يشترط منه قدر ما يعرف به طوله أو قصره (فرع) وأما الفاكهة كالبطيخ والقثاء والتفاح والمان والخوخ فقد قال ابن القاسم في المدونة أن كان الناس يستشيرون في مثل هذا ففيه من الخيار بقدر الحاجة وهذا في يعرف بعينه كالثوب والدابة والدار والعبد فاما ما يعرف بعينه كالمكيل والموزون والمعدود فإن اشترط فيه خيار فلا يغيب المشتري على شيء منه قاله ابن القاسم وأشهب لأنه قد يغيب عليه في غيره مكانه قال أشهب لأنه يصير تارة سلفاً أن رده وتارة بيعاً أن أبي رده (فرع) وأما الخيار في السلم فقد قال مالك يجوز فيه اليوم واليومان والثلاثة ووجه ذلك أنه لمعنى السؤال والمشورة مع إن المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير فصار كالثوب وإنما يمنع من كثيره لما في ذلك من مشابهة الكالني بالكالني وذلك

مما يعنى عن يسيره دون كثيره (مسئله) اذا شرط الخيار ولم يقرر المدة لم يبطل البيع وحكم في ذلك بمقدار ما يتحتم به تلك السلعة في غالب العادة وقال أبو حنيفة والشافعي يبطل العقد والدليل على ما نقوله ان هذا الخيار له قدر في الشرع وذلك قدر الحاجة اليه في كل نوع من المبيع فاذا أخلا بذكره فقد خلا على المعروف ألا ترى انهما لو زاد اعليه لفسد العقده ولم يثبت لها ما زاداه (مسئله) اذا شرط من مدة الخيار ما لا يجوز فقد قال سحنون فممن اشترى دارا بالخيار ثلاث سنين أو أربع سنين أو أجل لما يجوز له الخيار ترد الى صاحبها ولا تفوت بالبناء والغرس في مدة الخيار ان كان الخيار للبائع فان تباعد أجل الخيار المشتري يريد والله أعلم انقضى ومضى بعدمدة طويلة فالبناء فوت وعليه قيمتها يوم خروج وقت الخيار وروى ذلك العتيبي عن سحنون وانما معنى ذلك أن بناء المبتاع في مدة الخيار والخيار لغيره لا يبطل حكم الخيار فيكون بمنزلة من بنى في ملك غيره ولو كان الخيار له فبني لعد ذلك منه امضاء البيع فيكون بمنزلة من بنى بعد انقضاء مدة الخيار وذلك فوت وقد روى سحنون عن ابن القاسم فممن ابتاع حيوانا أو غيره على انه بالخيار أربعة أشهر فقبض المبيع فان مصيبته من البائع اذ لم يتم فيها بيع يريد والله أعلم انها تلفت في مدة الخيار وروى ابن سحنون عن أبيه فممن اشترى سلعة وشرط فيها الخيار سنة أو سنتين ان البيع فاسد وضمانها من المشتري من يوم قبضها وقال الشيخ أبو محمد ورواية العتيبي عنه أحسن والله أعلم وجه رواية العتيبي انه لم يقبض السلعة في مدة الخيار على وجه التمليك فلم يكن نماءها ونقصانها فلا تفوت بذلك عنده ولا يضمن ضياعها لانه لم يقبضها بذلك فاذا خرجت عن أيام الخيار فقد بقيت عنده على وجه التمليك فتفوت بما يحدث بعد ذلك من زيادة أو نقص ويكون ضمانها منه ووجه القول الثاني ما احتج به من انه قبضها بالبيع الفاسد وذلك مثل ما قال أصحابنا فممن باع سلعة على انه متى رد الثمن فهو أحق بسلعته وان رده الى خمس سنين أو أكثر مما لا يجوز الخيار اليه انه بيع فاسد والمشتري ضامن من يوم القبض وفرق بينه وبين المشتري بالخيار الى ما يجوز فيه الخيار ويشترط النقد فقال في هذا ضمانها من البائع وان قبضها المشتري الآن يقبضها بعد أجل الخيار لان الخيار هنا صحيح لم يفسد به العقد (فرع) وما حدث بالمبيع من نماء في أمدا الخيار فلا يخلو أن يكون من جنسه أو من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فقد قال ابن القاسم الولد في مدة الخيار للمشتري وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس العين فكان حكمه حكمها كالسمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل كالمال يوهب للعبد في مدة الخيار فانه للبائع قال أشهب ان اختار المشتري البيع واتفقا على جمعها في ملك والانقضض البيع ومن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن فلم يختار حتى وضعن قال ابن القاسم هذا لا يكون له الخيار في أخذ الأمهات ويفسخ البيع من أجل التفرقة وقيل لا يفسخ والولد للبائع ويجمع بينهما في ملك أو يبيعان وهذا موافقة من ابن القاسم لأشهب وكان يجي على قول ابن القاسم في المدونة انه يختار الأمهات وتكون أولاد ما اختار معها بمنزلة سمن أجسامها وقال أشهب فممن اشترى عشر شياه من مائة يختارها فولدت انه يختار الأمهات دون الأولاد قال أشهب وقد وضعت في ضمان غيره (مسئله) لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لانه تارة يكون بيعا واختار البيع وتارة يكون سلفا ان رد البيع ولا يجوز أن يشترط السلف للتخير في بيع لان السلف من عقود المعروف التي تبطل المعاوضة اذا قارنتها كالبيع والسلف وقد أشار الى هذا سحنون وهو ظاهر في المدونة

(فرع) فان عجل النقد على الطوع بعد تقدم العقد جاز الا في السلم قال ذلك الشيخ أبو محمد رحمه الله ووجهه ما احتج به من انه اذا تطوع بالنقد فيه ثم اراد الاجازة فسخ الثمن الذي تطوع بنقده في المسلم فيه الى أجل وذلك لا يجوز لانه فسخ دين في دين واذا كان الخيار في بيع معين وتطوع بتعجيل النقد صرف الثمن الذي تبرع بتقديمه في عين يتعجل قبضه والله أعلم (مسئلة)

ومما يكون من المبتاع اجازة في مدة الخيار أن يهب ما اشتراه بالخيار أو تكون جارية فيدبرها أو يكتبها أو يؤجرها أو يعتقها أو يتصدق بها أو يطؤها أو يقبلها أو يباشرها فذلك كله اجازة عند ابن القاسم وذلك أن مثل هذا لا يفعله الانسان الا فيما يملكه فكان فعله له فيما يجوز له أن يتملكه تملكاً كانتزاع مال عبده (فرع) فاذا جرد الجارية لينظر اليها فليس ذلك باختيار الا أن يجرد ما ملته اذ بالنظر اليها أو ينظر الى فرجها فذلك رضى بها قاله ابن القاسم ولو كانت جارية فزوجها لكان ذلك منه رضا قاله ابن المواز قال وانما خالف أشهب ابن القاسم في تزويج العبد وأما تزويج الأمته ورضا عندهما (فرع) ولو رهن العبد وأجره أو زوجته أو أسلمه الى خباز أو طبخ أو كتاب أو ساوم به لكان اختياراً وكذلك لو قطع يده أو فمأ عينه أو ضر به فعل ذلك عمداً فان فعله خطأ ردة معه ما نقصه قال ذلك ابن القاسم في المدونة وقال في غيرها ويحلف ان اتهم وقال أشهب لا تكون الاجارة ولا الرهن ولا السوم بها ولا الجنائيات ولا اسلامه الى الصناعات ولا تزويجه العبد اجازة منه بعد أن يحلف في الاجارة والرهن وتزويج العبد وروى محمد عن أشهب انه يحلف في هذه الوجوه كلها بالله ما كان منه هذا رضا بالعبد وجه قول ابن القاسم ان هذه كلها معان لا يفعلها الانسان من غير تعد الا فيمن تملكه فلا يحمل أمره على التعدي بل على عمل ماله فعله وهو الاجارة ووجه قول أشهب أن ما يفعل الانسان فيما لا يملكه على قسمين فنه على وجه التعدي ومنه على وجه الاختيار كالمساومة وتسليمه في الصناعات ليختر قبوله لها ونفاذه فيها فلا يجوز أن يقضى عليه بمجرد فعله على انه أمضى البيع وهو محتمل أن يكون فعله لا اختيار المبيع (مسئلة) ولو كانت دابة قطع ذنبها المبتاع أو ودجها أو غيرها أو سافر بها فذلك كله اجازة منه للبيع قاله ابن القاسم قال ولو ركبها الى موضع قريب فهو على خياره لانه يقول ركبته لا أخترتها ولذلك شرط الخيار (مسئلة) ولو باع السلعة في مدة الخيار فقد روى علي بن زياد عن مالك لا ينبغي أن يبيع حتى يختار فان باع فليس يبيعه اختياراً ولو ب السلعة أن يجزئاً أخذ الثمن أو يرد البيع وفي الواضحة انه ان قال بعت بعد الرضا صدق مع يمينه وان قال بعت قبل ان أَرْضَى فالرجع للبائع منه ومثله لابن القاسم في انه لا يكون البيع رضا وجه ذلك انه قد تعلق حق البائع منه بالرجع الذي باع به فيقول انه لا يملك بيعت قبل الرضا فالرجع الى هذه المسئلة مخالفة للسائل المتقدمة لان هذه المسئلة البائع ينكر الرضا ويرد الرد وفي سائر المسائل البائع يدعي رضاه بالبيع ويمنع الرد لانه لا غرض في شيء منها للبائع والله أعلم ولو كان يدعي عليه الرضا بالبيع للزمه ذلك لانه قد قال ان الرضا يثبت عليه بالمساومة والبيع في ذلك أبلغ (مسئلة) ومن حجب العبد أو حلقه على المشط في الواضحة انه رضى به قال وكذلك لو جعل من يخضب يد الجارية أو يضفر أسنانه بالعاصول الا أن تفعل ذلك الجارية بغير أمره فلا يكون رضى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البيع في مدة الخيار على ملك البائع كان الخيار للبائع أو للبائع أو لها وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للمشتري وحده فقد خرج المبيع من ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وقال الشافعي ينتقل بنفس العقد وله قول آخر انه مراعاة والدليل على

مانقوله أنه يجب لا يلزم البائع فلم ينتقل به الملك أصل ذلك إذا كان الإيجاب لم يوجد في القبول بعده (مسئلة) وإذا هلك المبيع في مدة الخيار بيد البائع فهو منه وإن هلك بيد المشتاع في كتاب ابن حبيب إن كان مما لا يغاب عليه فهو من ضمان البائع مع عين المشتاع لقد ذهب من غيره فعليه وإن كان مما يغاب عليه فهو من ضمان المشتاع إذا لم تقم بينة بضياعه ووجه ذلك أنه قبضه لنفسه مع بقائه على ملك بائعه فأشبه الرهن (فرع) وبما يضمن في الواضحة بضمن بالثمن دون القصة ووجه ذلك أنه يتهم أن يغيب عليه ويدهى ضياعه ليأخذ بالقصة وقد كان بائعه لا يبيعه ولا يسلمه إليه بقصة إلا بما شرط من ثمنه متى قبضه على ثمن يصح ضمنه به كما أنه إذا قبضه على غير ثمن لم يضمنه إلا بالقصة (مسئلة) خيار الشرط موروث وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس بموروث والدليل على ما نقوله قوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم وهذا الحق مما ترك فوجب أن يكون للوارث ومن جهة القياس إن هذا خيار ثبت لأصلح المال فوجب أن ينتقل بالموت إلى الوارث بخيار الرد بالعيب (فرع) وإن أغمى عليه لم يكن للسلطان إبطال خياره في أيام الخيار فإن تطاول ذلك نظر السلطان فإن كان منه ضرر فسحق البيع وليس له الإجازة للمغنى عليه هكذا وقعت هذه المسئلة في المدونة والموازية وروى ابن المواز عن أشهب أن السلطان أن يجيز أو يرد في مدة الخيار فإن لم يفعل حتى مضت أيام الخيار لم يكن له نظر ورد البيع فيقع الخلاف بينهما في مدة الخيار فوجه قول ابن القاسم أن المغنى عليه ليس للسلطان الحجر عليه ولا النظر في ماله بالبيع والشرأ أو الرد والامضاء لقرب ما يرجى من إفاقته وإنما الحجر على من يطول أمره ويبعد وقت إفاقته المدة الطويلة التي يخاف فيها ضياع ماله وجه قول أشهب أنه لما تعذر على المغنى عليه النظر كان السلطان هو القائم عنه وأخذ به ماله أن يأخذ به لنفسه والله أعلم (مسئلة) إذا أراد من شرط الخيار لنفسه من المتبايعين أن يجيز أو يفسخ جاز له ذلك وإن لم يحضر الآخر خلافاً لأبي حنيفة في قوله ليس له ذلك إلا بمحض الآخر والدليل على ما نقوله أن من لم يفتقر حال العقد إلى رضاه فإنه لا يفتقر إلى حضوره كالأجنبي (مسئلة) ولو انقضت مدة الخيار ولم يحضر من له الخيار فقد قال مالك وابن القاسم له أن يرد السلعة بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار ومن الغد وقرب ذلك فإن تباعد فليس له ردها قال مالك أرأيت أن من مرض أو حبس أيلزمه البيع قال أشهب وابن الماجشون إذا مضت الأيام بلبا لها فلا رده فإن رده قبل غروب الشمس من آخرها فذلك له وجه القول الأول أن في تحديد وقت الخيار نوعاً من الغرر فقد يعوق العائق في ذلك الوقت عن الالتزام أو الرد مع حاجته إلى ذلك وما أثر الغرر في البيع كان ممنوعاً ولذلك منع في السلم أن يره حنطة ويسلم إليه في مثلها ومن جوزها لم يلزم السلم إليه إلا ما يكون حكمه حكمها لتعذر وجود مثلها ووجه القول الثاني أن اشتراط المديقة تضييق وقتها والمنع من الزيادة عليها كاجل الدين وعهدة الثلاث (فرع) فإذا قلنا بقول مالك فإنه يعتبر في ذلك ممن كانت السلعة في يده بان كان الخيار للبائع والسلعة بيده حتى انقضت مدة الخيار وما يقرب منها السلعة وليس له امضاء البيع ولو كانت بيد المشتري لنفذ البيع ولم يكن للبائع الرد وكذلك لو كان الخيار للمشتري أو لها على حسب هذا يكون الأمر فيه وهو معنى قول ابن القاسم في المدونة ص قال مالك فممن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواعبة البيع أبيعك على أن أستشير فلاناً فإن رضي فقد جاز البيع وإن كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشتري قبل أن يستشير البائع فلاناً ذلك البيع لازم لها على ما وصفاً ولا خيار للبائع وهو لازم له أن أحب الذي اشترط له البائع أن يجيزه ش وهذا على ما قال إن

قال مالك فممن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواعبة البيع أبيعك على أن أستشير فلاناً فإن رضي فقد جاز البيع وإن كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشتري قبل أن يستشير البائع فلاناً ذلك البيع لازم لها على ما وصفاً ولا خيار للبائع وهو لازم له أن أحب الذي اشترط له البائع أن يجيزه

البائع له أن يشترط مشورة فلان وخياره وكذلك المبتاع خلافاً لآحمد بن حنبل وأحد وجهي أصحاب الشافعي والدليل على ذلك أن الخيار وضع لتأمل المبيع واختباره وقد يكون هو ممن لا يبصر فيشرط خيار غيره أو يكون هو يبصر ويشترط استعانت به (فرع) وهذا إذا كان المشتري مشورته واختياره حاضراً أو قريب الغيبة وإن كان بعيد الغيبة ففسد البيع لأنه معين يشترى على أن يستحق قبضه إلى أجل بعيد وذلك غير جائز (مسئلة) فإذا باع البائع واشترط مشورة فلان فإن ذلك يلزم المبتاع والبائع أن يرضى البيع أو يردّه قبل نظر فلان المذكور روى ابن الموارز عن مالك أنه قال كمن خلع وكالة وكيل وكذلك من ابتاع على أن يستأمر فلاناً ففقد مالاً للمبتاع أن يرد البيع ولا يستأمر هذا وقوله كمن خلع وكالة وكيل فيه نظر لأن الاستمرار ليس بمعنى التوكيل والتسليم على العمل وإنما معنى المشاورة والاستمرار استعلام رأي المشير وما عنده في ذلك ثم العمل في ذلك للمستشير بموافقة له أو مخالفة إلا أنه محتمل أن يريد بذلك أن الوكيل الذي فوض إليه العمل خلعه فكيف بمن لم يفوض له شيء (مسئلة) وأما أن شرط البائع خياراً أجنبياً فقد سوى ابن حبيب في واخته بين المشورة والخيار وقال إن لمن شرط ذلك من المتبايعين الأخذ والرد دون الأجنبى رواه ابن الموارز وروى ابن مزين عن ابن نافع أنهما ساءا ولا رد للبائع إلا برأى من اشترط خياره أو مشورته كذا نقله الشيخ أبو محمد في نوادره والذي في كتاب ابن مزين عن يحيى بن يحيى عن ابن نافع في الذي يبيع السلعة ويستثنى أن يستشير فلاناً فإن مضى البيع بينهما لم يبعه ما فقال البائع لا يلزم البائع والمبتاع أن أجازة الذي استثنى البائع نظره ولا ينفع أحدهما منه وهذا ليست فيه استشارة فقط بل قد جعل إليه المضاء فهو أبلغ من أن يجعل إليه الخيار والرضا وقد سوى في ذلك بين المتبايعين وروى أصبغ عن ابن القاسم أنهما أن جعلاً إلى أجنبى الرد والمضاء أنهما قد تخاطرا في ذلك ولا يعجبه وفي المدونة عن مالك في البائع يبيع على رضا أجنبى أو خياره فإن رضى البائع أو فلان جاز البيع وهذا اللفظ يقتضى أن من أجاز منهما البيع جاز وعليه تأوله ابن لبابة وخالفه غيره في هذا التأويل وفي المدونة عن مالك أنه فرق بين المشورة والرضا والخيار في حق المبتاع فقال إن شرط المبتاع مشورة أجنبى جاز له أن يجيز دون المشاورة وإن شرط رضا أو على خياره فليس للمبتاع أن يردّه ولا يجيزه حتى يرضى فلان وذكر القاضي أبو محمد أن البائع إذا شرط خياراً أجنبياً أو رضاه كان له الاختيار دون الأجنبى بخلاف المشتري يشترط ذلك فلا خيار للمشتري دون الأجنبى والفرق بينهما أن حال البائع أقوى لأن المبيع باق على ملكه وله عزل من جعل الخيار إليه والمشتري لم يملك المبيع بعد ولم يوجب له فيه على اختياره إنما شرط اختيار غيره فليس له عزل الغير عما يملك (فرع) ومن اشترى لغيره وشرط خياراً حاضراً أو غائب قريب الغيبة قال ابن حبيب له أن يجيز البيع دونه بخلاف الذي يشترى لنفسه وتوجهه يقرب مما قدمناه ويتخرج على قول مالك وابن نافع أن خياراً أجنبى في ذلك غير لازم على ما تقدم ص قال مالك الأمر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعثكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير أنه يقال للبائع إن شئت فاعطها للمشتري بما قال وإن شئت فاحلف بالله ما بعثت سلعتك إلا بما قلت فإن حلف قيل للمشتري أما أن تأخذ السلعة بما قال البائع وأما أن تحلف بالله ما اشتريتها إلا بما قلت فإن حلف برى منها وذلك أن كل واحد منهما مدع على صاحبه وهذا على حسب ما قال ابن المتبايعين إذا اختلفا في الثمن كان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه وذلك ما لم يفت المبيع ويتقرر عليه الثمين وذلك على ثلاثة أحوال

قال مالك الأمر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعثكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير أنه يقال للبائع إن شئت فاعطها للمشتري بما قال وإن شئت فاحلف بالله ما بعثت سلعتك إلا بما قلت فإن حلف قيل للمشتري أما أن تأخذ السلعة بما قال البائع وأما أن تحلف بالله ما اشتريتها إلا بما قلت فإن حلف برى منها وذلك أن كل واحد منهما مدع على صاحبه

أحدها أن يحتلف قبل القبض والثاني أن يحتلف بعد القبض وقبل فوات السلعة والثالث أن يحتلفا
بعد فوات السلعة فاما ان اختلفا قبل أن يقبض المبتاع السلعة فهي المسئلة التي تكلم عليها مالك في
أصل الكتاب وقال انهما اذا اختلفا وقال البائع بعثتها دنائير وقال المبتاع ابتعتها منك
بخمسة دنائير فقال انه يبدأ بالبائع فيقال له ان شئت أن تسامها للمبتاع بما قال والا فاحلف أنك بعثتها
بعشرة دنائير فان حلف قبل للمبتاع خذها بما حلف عليه البائع والا فاحلف بأنك اشتريتها منه بخمسة
فان حلف لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ووجه ذلك أن كل واحد
منهما مدعى ومدعى عليه فلم يكن دعوى أحدهما باطهر من دعوى الآخر لكن قدم البائع بالتخير بين
التسليم أو اليمين لان ملكه أقدم من ملك المبتاع والايجاب الذي من جهته قبل القبول الذي من جهة
المبتاع فان حلف لم تكن يمينه يميناً يستحق بها ما حلف عليه وانما كانت يمينه يميناً تمنع المبتاع من
استحقاق السلعة لما يحلف عليه ان حلف ويقوى دعواه انه انما باع باليمن الذي ذكره فاذا اقترن
به نكول المبتاع استحق بها اليمين الذي حلف عليه فاذا حلف المبتاع لم يستحق أيضاً أخذ السلعة بما
حلف عليه لان يمينه انما هي لمقاومة يمين البائع ولتقوى دعواه بمثل ما قوى به البائع دعواه بيمينه فاذا
تكافأت اليمينان لم يكن قول أحدهما أولى من قول الآخر فينتقض البيع بينهما لان البائع اقتضت
يمينه أن لا يخرج السلعة من يده بخمسة مثاقيل والمبتاع اقتضت يمينه أن لا يستحق عليه في ثمنها
عشرة مثاقيل فلم يبق الا فسخ ما بينهما (فرع) واذا قلنا يفسخ ذلك بينهما فقد قال سحنون ان
بنفس التخالف ينتقض التبائع وفي النوادر قال محمد بن عبد الحكم اذا تعالفا ثم أراد البائع أن
يلزم المشتري بما حلف عليه المشتري فذلك له وان شاء ففسخ البيع وقال ابن القاسم في المدونة الا
أن يرضى المبتاع قبل الحكم بالفسخ بما قال البائع فذلك له ووجه ما قاله سحنون ان الحلف اذا لزم من
الجهتين وبعقبه ففسخ كان ذلك لازماً لا خيار فيه لأحد كاللعان ووجه ما قاله محمد بن عبد الحكم من أن
الخيار للبائع بعداً بما نهى أن الخيار قد ثبت للبائع بنفس اختلافهما ولذلك خير قبل أن يحلف وليس
في ايمانهم ما يقطع خياره لان يمينه انما كانت لتقوى دعواه وبين المبتاع لتقاوم يمين البائع وتمنع
من أخذ السلعة لما حلف عليه فبقى الخيار للبائع ونحرم من هذا قياساً فنقول ان هذا خيار البائع
ثبت باختلافهما فكان باقياً له ما لم يفسخ بيعهما أصل ذلك قبل تعالفاً ووجه قول ابن القاسم ان
بمين البائع قد انتقل الخيار الى المبتاع ولو أراد أن يمضي السلعة للبائع لما حلف عليه لكان له ذلك
وهو معنى نكوله بل لا يندر أن يفصل عن هذا الا باليمين فاذا حلف كان له الخيار وذلك ان له أن
يمضي البيع بما حلف عليه البائع كما كان له ذلك قبل يمينه وكان له رده لمقاومة يمينه بيمين البائع
وكان اختياره دون البائع والله أعلم (مسألة) ولو نكل البائع أو انقلت اليمين الى المبتاع فان
حلف كانت السلعة بالخسة التي حلف عليها وذلك انه قد قوى جنبته بيمينه ونكول البائع ولو نكل
المبتاع أيضاً قال القاضي أبو محمد اختلف فيه فقيل يتراد ان وقيل القول قول البائع وهذه الرواية
الثانية هي رواية ابن حبيب وردت مجملة دون ذكر يمين وقد حلها قوم على أنها تلزم المبتاع لما قال
البائع دون أن يحلف البائع * قال القاضي أبو الوليد والذي عندي أنه لا يكون ذلك للبائع الا مع
يمينه لان يمينه الأولى لم تكن لاستحقاق ما يحلف عليه لان للمبتاع أن يسقط ذلك عن نفسه بيمينه فلما
نكل عنها ثم نكل المبتاع بعده ثبت في حقه يمين أخرى وهي اليمين التي يستحق بها ما حلف عليه ولا
يكون للمبتاع اسقاط ذلك عنه بيمينه لانه قد ترك ما هو أقوى من هذه اليمين وهو أن يحلف ويأخذ

السلعة بالخسة التي حلف عليها ولا يكون بمنزلة من ادعى على رجل عشرة دنانير وأقام بذلك شاهدا
ففضى له بيمينه مع شاهده فنكل فردت اليمين على المدعى عليه فنكل فانه يزن العشرة دنانير لنكوله
دون يمين المدعى لان اليمين نكل عنها المدعى التي ردت على المدعى عليه لان المدعى لو حلف أولا
لاستحق حقه ولو حلف المدعى عليه عند نكول المدعى لاستحق البراءة مما ادعى عليه وليس كذلك
في مسئلتنا فان البائع لو حلف لم يستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه ولو أحلف المبتاع لاستحق ما حلف
عليه بمجرد يمينه فاحدى اليمينين غير الاخرى واذا نكل المبتاع وجب أن ترد يمين الاستحقاق على
البائع لانها لم تثبت قط في جنبته يمين يستحق حقه بها وانما تثبت في حقه أولا يمين اذا اتىها قيل للبائع
اما أن تحلف وتسقط عن نفسك ما حلف عليه أو تنكل فيفضى له بما حلف عليه والله أعلم (مسئلة)
وأما اذا اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فوتهما فالذى رواه أشهب وابن القاسم عن مالك انهما يتحالفان
ويتفاسخان وروى ابن وهب عن مالك ان القول قول المبتاع وفي كتاب ابن المواز لم يختلف قول
مالك قبل التفرق وانهما يتحالفان ويتفاسخان واختلف قوله اذا تفرقا وقد قبض المبتاع السلعة
فروى عنه ابن حبيب ما تقدم وجه رواية ابن القاسم ان السلعة باقية على صفتها فكان حكمها أن
يتحالفوا ويتفاسخا ولا تأثير لقبضها بانفراده كما لا تأثير له في البيع الفاسد وجه رواية ابن وهب ان جنبه
المبتاع قد قويت بالقبض واليدين تأثير في ثبوت الأيمان في جنبته ذى اليد كما لو تدعى رجلان حقا هو في
يد أحدهما لكان القول قوله مع يمينه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فسواء نقد الثمن أو لم ينقده
يتحالفان ويترادان لم تفت رواه ابن المواز عن ابن القاسم (مسئلة) وأما اذا قاتت السلعة بزيادة أو
نقصان أو حواله أسواق فروى ابن القاسم عن مالك ان القول قول المبتاع وبه قال أبو حنيفة وروى
أشهب عن مالك انهما يتحالفان أبدا وان تلفت السلعة وبه قال الشافعي ووجه رواية ابن القاسم ان
التحالف قبل الفوات يوجب الفسخ في عين السلعة ورد عينها الى البائع وذلك متعذر بعد تلفها وانما
يرد بدلها وهو القيمة فيقرر بها من ذلك ان المبتاع غارم لم يتعلق بذمته ومن كان هذا حكمه فالقول
قوله ووجه رواية أشهب ان هذه احدى حالتى السلعة فوجب اذا اختلف متبايعاها في ثمنها أن يتحالفا
ويتفاسخا كحالة الوجود فيقرر من هذا أن في المسئلة ثلاث روايات احداها انهما يتحالفان ما لم
يقبض السلعة ويفترقان فاذا فارق المبتاع وقد قبضها فالقول قول المبتاع وهي رواية ابن وهب وبها
أخذ سمنون والرواية الثانية انهما يتحالفان ويترادان أبدا وهي رواية أشهب وقد روى ابن القاسم
عن مالك الروايات كلها وهي ظاهرة في النوادر (مسئلة) وهذا اذا اختلفا في مقدار الثمن
واتفقا على جنسه وأما ان اختلفا في جنسه فقال أحدهما بدينار وقال الآخر بطعام قال ابن القاسم
الاختلاف المذكور اذا اتفقا في الجنس فأما اذا اختلفا فانهما يتحالفان أبدا وترد القيمة ووجه
ذلك انهما لم يتفقا على جنس لكون البائع يدعى زيادة ينكرها المبتاع وقد صدق في اتفقا عليه
فيكون القول قول المبتاع لانه مدع عليه الزيادة واذا اختلف الجنسان كان كل واحد منهما مدعى
ومدعى عليه لانهما لم يتفقا على شيء من الثمين والله أعلم (مسئلة) وهل يراعى في ذلك أن يأتي
أولاً أحدهما بما لا يشبه في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان معنى قول مالك القول قول من
ادعى منهما ما يشبه يعنى بعد فوتهما بيد المشتري في سوق أو بدن وذكر ابن حبيب عن مطرف
وأصبح وابن الماجشون انهما يتحالفان اذا أتيا بما يشبه وان أتيا أحدهما بما لا يشبه فالقول قول من
أتى بما يشبه قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذي عندي في ذلك أن مذهب ابن القاسم

لا يراعى مع بقاء السلعة في وقت يحكم بالتحالف والتفاسخ أن يأتي أحدهما بما يشبه أو بما لا يشبه وإنما يراعى ذلك عند فواتها فيكون القول قول المبتاع إذا أتى بما يشبه وأن مذهب مطرف وابن الماجشون وأشهب مراعاة قول من أتى بما يشبه دون من أتى بما لا يشبه وإن كانت السلعة مما لا يحكم فيها بالتحالف والتفاسخ والقولان موجودان في المدونة لمن تأملهما فيمن أكثرى راحلة بمصر ونقد مائة فلما بلغا المدينة قال أكثرى أتى مكة بمائة وقال المسكري إلى المدينة بمائتين قال ابن القاسم القول قول المسكري في المائة التي قبض إذا أتى بما يشبه وعليه اليمين أنه لم يكرأى مكة بالمائة وعلى المسكري اليمين في المائة الأخرى وإن لم ينتقده فالقول قول المسكري في المسافة والقول قول أكثرى في السكراء ويقسم ما بين مصر إلى مكة فيكون للمسكري بمقدار ما بين مصر إلى المدينة وقال غيره مثل قوله وذلك إذا أتيا جميعا بما يشبه فإن أتى المسكري بما يشبه دون أكثرى فالقول قوله مع يمينه وحيث ما يجد لابن القاسم هذه المسئلة في المدونة وغيرها لا يجده يراعى ما يشبه الأبعد الفوات وقد خالفه الغير وهو عندي أشبه على ما ورد في هذه المسئلة والله أعلم (مسئلة) ولو قبض البائع الثمن والسلعة بيد المبتاع لم تنفذ بحوالة سوق ولا غيره وقد تقدم من رواية ابن المواز عن ابن القاسم أنهم ما يتحالفان ويتفاسخان نقد الثمن أو لم ينتقده ما لم تنفذ السلعة وههنا أظهر لأن لقبض الثمن تأثرا في محل اليمين فيجب أن يكون في هذه المسئلة وفي التي قبلها على ذلك قول آخر بمراعاة القبض والله أعلم (فرع) ولو حالت أسواق السلعة بيد البائع وقد قبض الثمن فالقول قوله مع يمينه ولو قبض بعض الثمن لم يكن عليه من السلعة إلا بقدر ما قبض من الثمن بعد أن يحلف ثم يحلف المبتاع والالزمت بقبضة السلعة وغرم بقبضة الثمن على ما حلف عليه البائع وذلك إذا لم يكن في التشارك في تلك السلعة ضرر فإن كان فيها ضرر كالعبد الواحد والدابة تحالفا وتفاخا وإن طال ذلك رواه ابن المواز عن ابن القاسم (مسئلة) ولو تباعا طعاما قبل أن يتقابضا اختلفا فقال البائع بعثك خمسة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك ستة أرادب بدينار فقدر وي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يتحالفان ويتراذان فيفسخ البيع كله وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك إذا اختلفا فقال البائع بعثك ثلاثة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك أربعة أرادب بدينار حلف المبتاع أنه ابتاع منه أربعة أرادب بدينار وحلف البائع أنه ما باعه إلا ثلاثة أرادب بدينار فإن حلف صدق البائع فيما عليه فيؤدى ثلاثة أرادب ويصدق المبتاع فيما عليه فيؤدى ثلاثة أرادب بدينار فقول ابن القاسم مبنى على ما اختاره من أن التحالف يثبت بينهما ما لم تنفذ السلعة بيد المبتاع ولم يقبض البائع الثمن وجه رواية ابن حبيب أن البيع ثبت في مكيل أو موزون فلم يثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ ولو ثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ لثبت ذلك في السلم قبل القبض وعند حلول الاجل ولكن لحلول الاجل وقبض الثمن تأثير فجعل القول قول الغارم مع يمينه (فرع) فإذا قلنا بقول ابن القاسم يتحالفان ويتراذان فمن ذا الذي يبدأ بيمينه وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يحلف المبتاع أنه اشترى منه ستة أرادب بدينار ثم يحلف البائع أنه ما باعه إلا خمسة ثم المبتاع مخير بين أخذ خمسة أو الفسخ ولو قبض البائع دينارا ودفع خمسة أرادب ثم اختلفا قبل التفريق وقال البائع بعثك بالدينار الذي قبضته الخمسة إلا أرادب التي دفعت إليك وقال المبتاع بل ابتعت منك به ستة أرادب فقدر وي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية البائع مصدق مع يمينه بقبضه الدينار وأنكره هذا يحيى بن عمر وكأنه يرى أنهم يتحالفان ما لم يفترقا ولم تنفذ وجه قول ابن القاسم أن الدينار لما كان

لا يتعين على البائع رده ثبت انه قد تعلق بذمته فصار مادفعه اليه البائع قد تعلق بذمته فكان ذلك فونافي بيعهما وأيضا فانه لما كان القبض يجعل القول قول البائع كان الاعتبار بقبض الدينار دون تفرق المتبايعين ووجه قول يحيى بن عمر أن اختلاف المتبايعين على أصل ابن القاسم يوجب التحالف والفسخ ما لم يفترقا بعد القبض وهذا ان لم يفترقا بعد القبض ولا غاب أحدهما على ما قبضه من الآخر فيجب أن يكون ذلك حكمهما (مسئلة) ولو قبض المتبايع خمسة أراذب ولم يدفع الدينار فقد روى يحيى بن يحيى يلزمه خمسة أسداس دينار بعد أيمانهما وينفسخ البيع في سدس دينار وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان القول قول المتبايع ووجه قول ابن القاسم انه لما كان المكيل والموزون بما يغاب عليه ولا يعرف بعينه كان قبضه فونافي يصدق كل واحد منهما فيما عليه فيكلف البائع انه لم يبق عليه شيء من الطعام وان ذلك جميع ما باعه منه ثم يخلص المتبايع انه ما ابتاع منه الا ستة أراذب بدينار فيجب للخمسة أراذب من ذلك خمسة أسداس دينار ويسقط عنه الباقي لأنه باق في ذمته (مسئلة) ولو قبض البائع الدينار فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك اذا قبض البائع الدينار فهو مصدق بيمينه قبض المتبايع الطعام أو لم يقبضه ووجه ذلك ان البائع الذي قبض الدينار وكان ذلك بمعنى فواته لتعلقه بذمته فالقول قوله فان كان قد قبض المتبايع الطعام فاما يدعي عليه زيادة على ذلك فالقول قول المتبايع وان كان لم يقبضه فاما يدعي المتبايع زيادة على ما أقر به وقد تقدم من قول يحيى بن عمر انكار هذا واختياره ان يتحالفا (فرق) فاذا قلنا ان القول قول البائع اذا قبض الثمن فالفرق بينه وبين السلم أنه قد قال اذا أسلم اليه في طعام الى أجل فقال المتبايع سالت اليك مائة دينار في مائة أراذب وقال البائع بل سالت الى مائة دينار في خمسين أراذب حنطة فقد روى ابن القاسم عن مالك وهو قول ابن القاسم ان كان ذلك بقرب تباعيهما متحالفا وترادوا وان طال ذلك فالقول قول من عليه السلم مع يمينه اذا أتى بما يشبهه فان أتى بما لا يشبهه جلا على سلم الناس فالفرق بين مسألة النقد ومسئلة السلم ان في مسألة السلم يستحق القبض كما يستحق ذلك في السلم عند حلول الاجل فاستويا وما قبل حلول الاجل وقبل تغير الاسواق فلا يستحق على البائع تسليم الطعام فلذلك لم يكن القول قوله ويثبت بينهما حكم التحالف والتفاسخ (فرق) وفرق بين المكيل والموزون وبين المعين من غيرهما ان المكيل والموزون لا يعرف بعينه واذا غيب عليه تعلق بالذمة والثياب والحيوان تعرف باعيانها لم يتعلق بالذمة لفوات يلحقها لم يكن القول قول بائعها يدل على ذلك انه اذا أسلم فيها ما كانت غير معينة وكانت متعلقة بذمة من باعها حكمت في ذلك كله حكم المكيل والموزون والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء في الربا في الدين ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبي صالح مولى السفاح أنه قال بعثت برا الى من أهل دار نخلة الى أجل ثم أردت الخروج الى الكوفة فعرضوا علي أن أضع عنهم من الثمن وينقدوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا أمرك أن تأخذ هذا ولا تؤكله ﴾ قال مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل الى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمرو ونهى عنه ﴿ قوله ان أهل دار نخلة عرضوا عليه قبل أن يحل أجل دينه أن يضع عنهم

﴿ ماجاء في الربا في الدين ﴾
 ﴿ حدثني يحيى عن مالك
 عن أبي الزناد عن بسر بن
 سعيد عن عبيد أبي صالح
 مولى السفاح انه قال
 بعثت برأى من أهل دار
 نخلة الى أجل ثم أردت
 الخروج الى الكوفة
 فعرضوا على أن أضع
 عنهم من الثمن وينقدوني
 فسألت عن ذلك زيد بن
 ثابت فقال لا أمرك أن
 تأكل هذا ولا تؤكله
 ﴿ حدثني عن مالك عن
 عثمان بن حفص بن خلدة
 عن ابن شهاب عن سالم بن
 عبد الله عن عبد الله بن
 عمر أنه سئل عن الرجل
 يكون له الدين على الرجل
 الى أجل فيضع عنه صاحب
 الحق ويعجله الآخر فكره
 ذلك عبد الله بن عمرو ونهى
 عنه

وينقدوه يريد والله أعلم ان ينقدوه جنس ماله عليهم وذلك مثل أن يكون له عليهم مائة دينار مؤجلة فيدفعون اليه قبل الأجل خمسين دينارا ويحط عنهم خمسين فسأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكله ولا تؤكله يريد تطعمه غيرك ومعنى ذلك تحريمه لانه لا يمنع من أن يأكله ويؤكله مع كونه مباحا به قال ابن عمر وعليه جمهور الفقهاء وأجازته النخعي وزفر واختلفت الرواية عن ابن المسيب في ذلك وأصحها المنع ودليلنا على تحريمه انهم اشتروا منه المائة المؤجلة بخمسين معجلة وذلك غير جائز لوجهين التفاضل والنساء في الجنس الواحد من العين ويدخله سلف لعوض لانهم أسلفوه خمسين يقبضها من نفسه عند الأجل على أن يسقط عنهم خمسين (مسئلة) وأما اذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ما قيمته أقل مما له عليه ولا يجوز أن يكون مما لا يجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدينار أو مما يجوز ذلك فان كان مما لا يجوز ذلك كالدرهم فلا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل بدنانير درهم مثل قيمتها وأقل ولا أكثر لان هذا ورق يذهب الى أجل وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق وبالاهاء وهاء (مسئلة) وان كان مما يجوز ذلك فيه مثل أن يأخذ منه بدنانير قبل الأجل عرضا معجلة تكون قيمتها أقل من دنانيره أو مثل ذلك أو أكثر فلا بأس في ذلك لان ما آل أمره الى شراء عرض بدنانير مؤجلة ولا خلاف في جوازه صرح مالك عن زيد بن أسلم أنه قال كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضى أم ترى فان قضى أخذوا لآزاده في حقه وأخر عنه في الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب قال وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غيره ويزيده الغريم في حقه قال فهذا الربا بعينه لاشك فيه * ش قول زيد بن أسلم ان ربا الجاهلية كان أن يقول الذي له الدين عند أجله للذي عليه الدين أتقضى أم ترى يريد يزيده في الدين فان اختار ان يزيده في الدين ليزيده في الأجل فعل وهذا مما لا خلاف بين المسلمين في تحريمه وقد قيل ان قول الله تعالى اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فائتوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة نزلت في هذا والله أعلم ومن جهة المعنى انه سلف لنفع لانه يؤخره على أن يزيده في دينه وذلك مما اتفق على تحريمه كالأعطاء عشرة دنانير في عشرين الى أجل

(فصل) وقول مالك ان الذي يضع من دينه ويتعجله قبل أجله بمنزلة الذي يؤخره بعد محله أجله ويزيده بر بدان معناهما العوض للزيادة لان الذي وضع قبل أجله سلف على ان وضع والذي أخر للزيادة أسلف على ان زاد فهو تأخير لعوض والله أعلم وقد يفتقران فيما قدمناه من ان الذي لم يحل أجله يجوز أن يأخذ من غير جنس دينه معجلا ما قيمته أقل من قيمة دينه والذي يؤخر بعد الأجل لا يجوز أن يؤخره على أن ينقله الى غير جنسه سواء كان في مثل قيمته أو أقل أو أكثر لان الذي يتعجل قبل الأجل من غير جنسه تبرأ الذمتان ويتجزأ بينهما والذي يؤخر بعد الأجل وينقل دينه الى غير جنسه تبقى ذمة الذي عليه الحق مشغولة وينتقل ما يشتغل به الى غير الجنس الأول فيصير فسخ دين في دين وذلك غير جائز على ما تقدم صرح مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذي عليه الدين يعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بما توهب وخمسين الى أجل قال مالك هذا بيع لا يصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

* وحدثنى عن مالك عن زيد بن أسلم انه قال كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضى أم ترى فان قضى أخذ والا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غيره ويزيده الغريم في حقه قال فهذا الربا بعينه لاشك فيه * قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذي عليه الدين يعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بما توهب وخمسين الى أجل قال مالك هذا بيع لا يصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

يعطيه ثمن ماباعه بعينه ويؤخر عنه المائة الأولى الى الأجل الذي ذكره آخر مرة ويزداد عليه
خسرين ديناراً في تأخيره عنه فهذا مكر وهواً أيضاً يشبه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل
الجاهلية انهم كانوا اذا حلت ديونهم قال للذي عليه الدين اما أن تقضى واما أن تربي فان قضى أخذوا
والازادوهم في حقوقهم وزادوهم في الأجل * ش وهذا على ما قال لان من كان له على رجل مائة دينار
الى أجل فاشترى منه عند الأجل سلعة تساوي مائة دينار بمائة وخسرين فقضاه دينه الاول وانما قضاه
ثمن سلعته وزاد خسرين ديناراً في دينه لتأخيره به عن أجله فهذا يشبه ما تضمنه حديث زيد بن أسلم من
بيوع الجاهلية في زيادتهم في الديون عند انقضاء أجلها ليؤخر واهواً ويدخله أيضاً بيع وسلف لأنه
انما ابتاع منه هذه السلعة بمائة معجلة وخسرين مؤجلة ليؤخره بالمائة التي حلت له عليه ووجوه
الفساد في هذا كثيرة جداً (مسئلة) فان وقع هذا البيع في المدينة عن مالك أنه قال يفسخ البيع
في هذه السلعة التي باعها بائة وخسرين فان فاتت رددتها الى قيمتها نقداً وفسخت البيع الأول
وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ووجه ذلك ان هذا البيع قد دخله ما قدمناه من وجوه
الفساد فوجب فسخه ما لم يفت فان فاتت رد الى القيمة وكان على أجله ما في الدين الأول والله أعلم ومعنى
قوله فسخت البيع الاول يريد الذي انعقد في السلعة بمائة وخسرين والله أعلم

جامع الدين والحول *

ص * مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل
الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملي فليتب * ش قوله مطل الغنى ظلم المطل هو منع قضاء ما استحق
عليه قضاءه فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلاً وانما يكون مطالاً بعد حلول أجله وتأخير
ما يبيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء قد جاء
التشديد فيه

(فصل) وقوله مطل الغنى ظلم ووصفه بالظلم اذا كان غنياً خاصة ولم يصفه بذلك مع العسر وقد
قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة واذا كان غنياً فطّل بما قد استحق عليه تسليحه
فقد ظلم وقد قال أصبغ وسحنون وتروى بذلك شهادته لان النبي صلى الله عليه وسلم ساء ظالم ما قدر وى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لي الواجد يحمل عرضه وعقوبته فعرضه التظلم منه بقول مطلني
وظلمني وقال بعض العلماء في قول النبي صلى الله عليه وسلم وعقوبته سجنه حتى يؤدى

(فصل) وقوله اذا أتبع أحدكم على ملي فليتب معناه والله أعلم بالحوالة وقد قال القاضي أبو محمد
ان الأصل بالحوالة قوله صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملي فليتب والحوالة أن يكون
للرجل على الرجل الدين والذي عليه الدين على أجل آخر مثله فيصير به غريمه على الذي عليه مثله
وقد قال الشيخ أبو محمد في قوله فليتب انه على النسيب ويحتمل ذلك قول القاضي أبي محمد لانه
معروف وقال ان الحوالة استثنيت من الدين كما استثنيت العربية وبيع الرطب بالتمر * قال القاضي
أبو الوليد رضي الله عنه والصحيح في الحوالة عندى ان الحوالة ليست من باب الدين بالدين اذا قلنا انها
لا تصح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفسه الاحالة فهي من باب
النقد ومعنى الحوالة عندى أن تكون على الاباحة وان الذي له الدين بالخيار بين أن يستحيل على
غريمه غريمه وبين أن يطلب غريمه ويقول له اقضى حتى وشأنك بما حبك وقال أهل الظاهر انه

يعطيه ثمن ماباعه بعينه
ويؤخر عنه المائة الاولى الى
الأجل الذي ذكره آخر
مرة ويزداد عليه خسرين
ديناراً في تأخيره عنه فهذا
مكر وهواً أيضاً يشبه
حديث زيد بن أسلم
في بيع أهل الجاهلية انهم
كانوا اذا حلت ديونهم قالوا
للذي عليه الدين اما أن
تقضى واما أن تربي فان
قضى أخذوا والازادوهم في
حقوقهم وزادوهم في الأجل
* جامع الدين والحول *
حدثنا يحيى عن مالك
عن أبي الزناد عن الأعرج
عن أبي هريرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم
قال مطل الغنى ظلم واذا
أتبع أحدكم على ملي
فليتب

يلزمه الاستحالة والدليل على صحة ما نقوله ان هذا نقل حق من ذمة الى ذمة فلم يجب ذلك بالشرع أصل ذلك اذا لم يكن له عليه شيء (مسئلة) وان شاء المحال أن يستحيل بحقه لم يعتبر في ذلك برضا المحال عليه ذكر ذلك القاضي أبو محمد عن جمهور الفقهاء وقال داود لا تصح حوالته الا برضا من عليه الدين والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع ولا بد أن يكون معناه الأمر أو الاباحة ولم يشترط في ذلك رضا الذي عليه الحق وانما شرط في ذلك رضا المحيل لانه هو الذي يتبع من له عليه الدين على من له هو عليه مثله ومن جهة المعنى انها استنباطة من يقضى هذا الحق كالوكيل (مسئلة) ولو شرط المستحيل على المحيل انه ان أفلس المحال عليه أو نقص رجع عليه فهو حول ثابت وله شرطه ان أفلس رواءه سحنون عن المغيرة في العتية ووجه ذلك ان الحوالة صحيحة وقد شرط فيها سلامة ذمته وله شرطه (مسئلة) ومن شرط هذه الحوالة أن يكون للمحيل على المحال عليه مثل ما أحال به قال القاضي أبو محمد لان حقيقة الحوالة بيع الدين الذي للمحال بالدين الذي للمحيل ويحول الحق من ذمة الى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل المعاوضة به هذا مذهب مالك وجمهور أصحابه غير ابن الماجشون فان الحوالة تصح عنده وان لم يكن للمحيل على المحال عليه شيء اذا كانت بلفظ الحوالة ووجه ذلك أن التزامه بالحوالة يثبت حق المحال في ذمته وتبرأ ذمة المحيل ويلزمه على قوله أن يعتبر في هذه الحوالة رضا المحال عليه والله أعلم * قال القاضي أبو الوليد والأظهر في هذا انه اذا لم يكن للمحيل على المحال عليه مثل ما عليه للمحال فهو من الدين بالدين أو من باب الضمان والكفالة والدين بالدين محرم وذلك ان المحال يبيع من المحال عليه دينه على المحيل بدين يثبت في ذمته وتبقى ذمة المحيل والمحال عليه مشغولتين وكل واحد من الدينين عوض عن الآخر وذلك لا يجوز فلذلك لم يصح أن يكون له حكم الحوالة ولزم أن يحمل على حكم الضمان والكفالة الذي طريقه المعروف ولا يشغل ذمة الضامن ما على المضمون الا على وجه القرض والرفق لا على وجه المعاوضة وأما الحوالة فليست من باب الدين بالدين اذا قلنا انها لاتصلح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفس الاحالة والله أعلم وقد احتج ابن الماجشون في ذلك بان الحوالة تلزم وان لم تكن من أصل دين كالموالات بيع منه ثوبك والتمن على فهذا مثله كأنه قال اعطه من مالك كذا وهو لك على وهذا أيضا ليس من باب الحوالة وانما هو من باب حمل الثمن عنه والله أعلم (مسئلة) واذا كان ذلك على ما ذكرناه برئت ذمة المحيل من دين المحال ولم يكن له عليه رجوع وان مات المحال عليه مفلسا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرجع على المحيل وان مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق والدليل على ما نقوله هذا الحديث وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع شرط الملاءة في الحوالة وذلك يقتضى انه لا رجوع على المحيل ولو كان للمحال عليه رجوع لما كان لشرط الملاءة معنى لانه لا يخاف تلف دينه بافلاسه ودليلنا من جهة المعنى أن ذمته حوالة برئت ذمة المحيل بها فلم يكن للمحال رجوع على المحيل أصل ذلك اذا لم يتغير حاله (مسئلة) ولو أحاله بثمن سلعة باعها على المشتري وهو موسر ثم استحققت السلعة أو ردت بعيب فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الحول ثابت عليه يؤديه ويرجع به المحيل على البائع منه قال وبلغني عن مالك وقال أشهب الحول ساقط ويرجع المحال على المحيل ولو كان قد قبض ما احتال به لرجع عليه من دفعه اليه ووجه قول مالك وابن القاسم ان الحوالة عقد لازم فلا ينقض في حق المحال باستحقاق سلعة لم يعاوض بها هو فباقيضه ووجه قول

أشبه ان الحوالة عقد ثبت بين المحيل والمحال ومن شرطها أن يكون للمحيل مثل ذلك على المحال عليه فإذا استحققت السلعة التي ثبت فيها الحق عليه وجب أن يبطل ولم ينقذين المحال والمحال عليه عقدي لزم لانه لا يعتبر رضى المحال عليه وانما يقبض المحال ما كان للمحيل فباستحقاق السلعة المبيعة يستحق المحال عليه على المحيل رد ما دفعه اليه أو تبرأ ذمته منه ان كان لم يدفعه واذا لم يعتبر رضى المحال عليه فان دفعه الى المحال دفعه الى المحيل ولو استحققت السلعة لم يستحق عليه المحيل بقبض ثمنها فكذلك من يدفعه اليه بسببه قال ابن المواز هذا أحب الى وهو قول أصحاب مالك كلهم وذلك بمنزلة ما لو بيع على مفلس أو ميت متاعه وقبض غرماؤه من متولى البيع أو المشتري لحوالتهم عليه ثم استحق ما يبيع رجع المشتري بالثمن على من قبضه (فرع) ولو باع عبدا بمائة فتصدق بها على رجل وأحاله بها وأشهد له بذلك ثم استحق العبد أو رد عيب فقد روى أصبغ وابن زياد عن ابن القاسم في العتبية انه ان قبض المتصدق عليه الثمن وفات عنه لم يرجع عليه بشئ ويرجع المشتري على البائع كالمقبض المتصدق ثم تصدق بها ولم تنفذ بيد المعطى أخذها منه المشتري ولا شئ للعطى (مسألة) ولو غير المحيل المحال من حال المحال عليه وقبضه بافلاسه كان للمحال الرجوع عليه خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم وإذا اتبع أحدكم على ملي فليتبع بشرط الملاءة وهذا غير ملي ولان افلاس الغريم عيب فيما تعلق بذمته فاذا دلس به المحيل كان له الرجوع عليه كسائر العيوب (فرع) وهذا ان علم انه قد غره في الدين أو غير ذلك فان جهل أمر المحيل في ذلك فقد قيل لمالك فعلى الغريم شئ قال ينظر القاضي فيه فان كان ينتم في ذلك أحلفه ومعنى ذلك انه ان كان ممن يظن به انه يرضى بمثل هذا احلف انه ما علم منه ما يغره به (فرق) والفرق بين فلس المحال عليه وبين سائر العيوب التي ترد بها السلع المعيبة وان لم يعلم بها البائع من ثلاثة أوجه أحدها ان العيب في السلعة المبيعة انما هو عيب في نفس العوض وفلس المحال عليه انما هو عيب في محل العوض لا في نفس العوض والثاني ان الحوالة انما هي بمنزلة بيع البراءة فلا يرجع من العيوب الا بماعلمه البائع وعلى هذا التوجيه تجب اليقين على المحيل انه ما علم بفلسه ولا غره به على الظاهر من مذهب مالك وعلى رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في بيع البراءة لا يجب عليه يمين الا أن يدعى ذلك المحال والوجه الثالث ان الذم بمظاهرها انها لا تعلم فصار كالمبيع الذي لا يعلم باطنه لا يرد بالعيب الا أن يعلم ان البائع دلس به فعلى هذا لا يمين على المحيل اذا لم يثبت انه علم بالفلس فيرجع المحال عليه أو ينتم بذلك فيصلف ولعله معنى قول مالك قبل هذا (مسألة) واذا كانت الحوالة على من لادين عليه وقبلنا بقول مالك فان كانت بسبب عقد فانها تلتزم عند مالك وأصحابه وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بع من فلان سلعتك هذه وعلى حقتك وقال الآخر لفلان اعمل عمل كذا وحقتك على وفي الواضحة من يحمل عن ناكح صداقه في عقد نكاحه فهو له لازم في حياته وبعد مماته قاله ابن القاسم في الواضحة وقال في المدونة ان ذلك له عند مالك (مسألة) وأما اذا لم ينقذ بسببه عقد ولم يكن للمحيل على المحال عليه شئ فهي على الاطلاق حالة عند جميع أصحابنا سواء كانت بلفظ الحوالة أو الجمالة الا ما قاله ابن الماجشون انها اذا كانت بلفظ الحوالة فلها حكم الحوالة وان لم تكن بلفظ الحوالة فهي حالة فان مات المحال عليه مفلسا أو فلس في حياته ففي كتاب محمد عن ابن القاسم فممن أحال رجلا على رجل ليس له عليه دين وشرط ان يرى بذلك وشق صحيفته قال ذلك لازم له وله شرطه قال محمد الا ان أفلس المحال عليه قبل أن يقضى المحال فان المحال يرجع على المحيل لان

الحال عليه لوقضاه لرجع بما قضاه على المحيل ورواه أشهب عن مالك والذي في المدونة عن ابن القاسم انه ان لم يكن للمحيل على الحال عليه شيء وشرط في الحوالة انه يرى من المال وقال الذي له الحق أحلني عليه وأنت ترى من المال فانه ان علم الحال انه لا شيء له عليه فرضى بالحوالة وأبرأ المحيل لم يكن له أن يرجع عليه وأخذ باقراره وان لم يعلم فله الرجوع بذلك وروى ابن وهب عن مالك فممن قال رجل أئالك بمالك قبل فلان فخرق ذكر الحق عليه واطلبنى دونه ولم تكن حوالة من دين كان الغريم على القابل فاشهد الرجل بذلك عليه وشق الصيغة وطلب بذلك الحق حتى أفلس أو مات مفلسا فانه يرجع على غريمه لان المتحمل وعد الغريم أن يسلفه ولا يثبت له ذلك على الغريم حتى يقضى عنه فقد اتفق قول أصحابنا وروايتهم عن مالك غير ابن الماجشون على أن له الرجوع في الفلاس فرواية ابن المواز عن ابن القاسم موافقة لذلك وقوله في المدونة ظاهره خلاف هذا ان المسئلة اذا علم الحال وأبرأ حكم الحوالة المحضة وانه لا يرجع ولم يذكر فلسا ويحفل أن يكون قوله مخالفا لما تقدم من قول غيره ويحتمل أن يكون موافقا لم وأنه أطلق اللفظ في المدونة وقيد في الموازية (مسئلة) فاذا قلنا بقول مالك وجهور أصحابه أنه يرجع في الفلاس فهل له الرجوع مع اليسار روى أشهب عن مالك ليس له الرجوع على المحيل ما لم يفسد أو يمت الحال عليه وروى عيسى عن ابن القاسم في الذي يقول للرجل عليّ حقك ودع صاحبك لاتكلمه فان الحق عليّ فان كان المحيل ملئاً فالحال بالخيار بينه وبين المحيل وجه رواية أشهب عن مالك انه قد أبرأ الحال المحيل من دينه بشرط أن يقبضه من الحال عليه فلارجوع له على المحيل إلا بان يتعذر قبضه ممن يضمن دفعه اليه فيرجع عليه لانه لم يتعلق دينه بذهمه الحال عليه تعلقا من أجل معاوضة وانما تعلق بهاتعلقا من جهة مكرامة فلم يلزمه بالفلاس ولا بالموت ولزمته مع اليسار مدة الخيار ووجه رواية عيسى عن ابن القاسم انها على وجه الجمالة لانه لم يوجد منه ابراء في انتقاله الى مطالبة الحال عليه وانما وجد منه ما يقتضي الاستيفاء من حقه والكف عن مطالبة مع بقاء حقه عليه لانه لم ينقله الى مستحق عليه وانما تعلق حقه بمكرم فكان له أن يطالب من عليه الحق ما لم يوجد الاستيفاء من غيره (مسئلة) واذا علم بين الطالب والغريم مقابضة ومعاودة وامتناعا بسلطان فقال الطالب لمن استحال عليه لا أطلب به غيري بما وحق عليك في كتاب ابن حبيب من رواية مطرف عن مالك الشرط جائز وحقه عليه حضر الغريم أو غاب في عدمه وملائته الآن يشاء أن يرجع الى غريمه رواه ابن القاسم عن مالك وقاله أصبح وابن عبد الحكم فلا وكان ابن القاسم انما يقوله في القبيح المطالبة أو ذى السلطان ونحوه نراه في كل أحد اذا بين وحق وقال ابن الماجشون الشرط باطل وهي حالة لا يطالبه الا في غيبة الغريم أو عدمه حتى يسمى الحوالة وجه رواية مطرف وابن القاسم عن مالك انه أمر لازم للمحيل لأنه التزم أن يأخذه بحقه دون الغريم ووجه قول ابن الماجشون ان هذا الشرط لا يلزم الا اذا سقط الخيار في الرجوع على الغريم ويثبت لما عقده حكم الحوالة بالتلفظ بها (مسئلة) ولو أن الغريم ذهب بصاحب الحق الى غريم له فأمره بالأخذ منه وأمر الغريم بالدفع اليه فيقضيه البعض أو لا يقضيه شيئا وقد قضاه فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ان للطالب الرجوع على الاول لان هذا ليس باحتيال ويقول انما أردت أن أكفيك التقاضي وانما وجه الحق أن يقول أحيلك بحقك على هذا أو أبرأ اليك بذلك (مسئلة) ولو أحلت رجلا على غريم يدين له عليك ثم تبين أنه ليس لك عليه الا بعض ما أحلت به ففي العتيقة من

سمع ابن القاسم ان قابيل ماله عليه فهو حول وهو في الباقي جميل ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة)
ومن شرط ذلك ان يكون الدين قبل الحوالة فلو احدثه ولا شيء لك على المحال ثم قضيت المحال عليه
ثم فلس أو مات كان له الرجوع عليك وان قلت كانت حاله ثم صارت حولاً ففي كتاب ابن الموزان عن
ابن القاسم له الرجوع على المحيل ثم يرجع المحيل على المحال عليه بما دفع اليه ووجه ذلك انه لما كان
عقد الحوالة معناه الحالة ثم دفع المحيل الى المحال عليه ما لا يؤديه عنه بسبب تلك الحالة وهذا لا ينتقل
بما عقده الى الحوالة ولا يخرج عنه مقتضاه (مسئلة) ويجوز أن يستعمل من معجل على
معجل ومؤجل ولا يجوز أن يستعمل من مؤجل على معجل ولا مؤجل ووجه ذلك انه اذا كان
دينه قد حل فاستحال منه على معجل أو مؤجل فانه جائز لانه في المعجل بالمعجل حوالة جائزة
وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا اتبع أحدكم على ملي فليتبّع واذا استحال منه على مؤجل
فهو معروف منه محض لان له أن يتعجل حقه من المحيل أو المحال عليه ان أفلس المحيل فليس فيه
غير مجرد المعروف واذا كان دينه مؤجلاً لم تكن له المطالبة به واذا أحيل منه على دين معجل فهو
من ضع وتعجل واذا أحيل به على دين معجل فهو من حط عني الضمان وأز يدك والدين وان كان
عينا فليس بحقيقة العين لانه متعلق بالذم والذم لا يتأثر ولو كان لها حكم العين لما جازت الحوالة الامع
التقاضي في المجلس فهو كمن أخذ دينه قبل حلول أجله من جنسه بما هو أقل أو أكثر أو جوداً أو رداً
لتعذر تأمل الذم ومثل هذا يجوز عند الأجل من جنس دينه أقل منه أو أكثر أو أدنى أو أعلى ص
مالك عن موسى بن ميسرة أنه سمع رجلاً يسأل سعيد بن المسيب فقال اني رجل أبيع بالدين فقال
سعيد لا تبع الا ما آويت الى رحلك **ش** قوله للرجل لا تبع الا ما آويت الى رحلك يريد ما قد
قبضته وصار عندك ومعنى ذلك ان هذا الرجل قد أقر أنه من يدين الناس ويبيع منهم بالدين فنهأ
عن أن يبيع منهم ما لم يملكه بعد أو ما يشتره بعد موافقة المبتاع منه على بيعه منه بثمن يتفقان عليه
فيشتره من أجل ذلك وور بالم يستتم قبضه من بائعه منه ويولى قبضه المبتاع ممن باعه من هذا السائل
لانه له اشتراه فيكون كأنه أسلفه ثمنه الذي ابتاعه به في ثمنه الذي باعه به منه وهو أكثر منه فقال له
سعيد لا تبع اني كنت من أهل هذا الصنف وعرفت بمثل هذه الحال من التجارة الا ما قد تقدم
اقتياحك له وصح ملكك له وتم ذلك بالقبض له فان ذلك أبعد من الذريعة التي يخاف عليك موافقتها
وتعلق بتبايعك بها ولا تعلق لشي من ذلك ببيعك ما تقدم ملكك له وقبضك اياه والله أعلم (مسئلة)
اذا ثبت ذلك فلا يخالو أن يكون البيع الأول والثاني بالنقد أو يكونان على التأجيل أو يكون الأول
بالنقد والثاني بأجل أو يكون الأول بالأجل والثاني بالنقد فان كانا جميعاً بالنقد فلا يخالو أن يقول له
اشتر هذا الثوب ولا يعين لمن يشتر به أو يقول اشتره لي أو يقول اشتره لنفسك فان قال اشتر هذا
الثوب بعشرة وهو لي بأحد عشر ففي كتاب محمد يكره هذا وليس هذا من بيع الناس وقال محمدان
كان بالنقد كله وهما حاضران فذلك جائز وان دخله تأخير ودخلته الزيادة في السلف ووجه قول
مالك انه لما كان هذا اللفظ يستعمل على وجه الابتاع وهو قوله وهو لي بأحد عشر وجع ذلك كله
فجعل ثمنه للبيع كره ذلك ومنع منه لان معناه أن يبتاعه لنفسه بعشرة ثم يبيعه منه بأحد عشر فهو
بيع ما ليس عنده وكذلك قال ابن حبيب في الذي يقول له اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها كذا أو أنا
أربحك فيها ولا يسمى شيئاً فلا يجوز لان ذكر الربح يقتضي ان المأمور يشتره لنفسه ولو قال اشتره
بعشرة ولك دينار قال مالك ذلك جائز وضمانه من الأمر لانه جعل الدينار جعلاً للمأمور لما لم يكن في

وحدثني مالك عن موسى
ابن ميسرة أنه سمع رجلاً
يسأل سعيد بن المسيب
فقال اني رجل أبيع
بالدين فقال سعيد لا تبع
الا ما آويت الى رحلك

اللفظ ما يمنع ذلك بظاهره ولا بصريحه ووجه قول ابن المواز مراعاة المعنى دون اللفظ لفقد التمييز اذا كان البيعان بالنقد (فرع) فاذا قلنا انه لا يجوز فيجب فسخ البيع الثاني (مسألة) ولو قال له ابتع لي هذا الثوب وأنا ابتاعه منك بريح كذا في كتاب محمد بن مالك ذلك جائز وهو جعل ولا خبر فيه الى أجل وقول العتبية عن مالك فحين قال لرجل ابتع لي هذه السلعة بعشرة وهي لي باثني عشر فان استوجبه الأمر والتمن نقدا فلا بأس بذلك والزيادة على العشرة جعل قال ابن القاسم وذلك ان لم ينتقد الثمن من عنده أو نقده بغير شرط فان نقده بشرط رد الى جعل مثله مالم يكن أكثر من الدرهمين كالبيع والسلف ووجه ذلك انه اذا قال له اشتريها فظاهره ملك الأمر لها وان الابتاع له ولما احتمل أن يكون معنى اشتريها لتبيعها مني شرط في رواية العتبي عن مالك أن يستوجبها للبائع فيكون ضمانها منه ويكون ما زاده من الدينارين جعلاً للمور في تناول ابتاعها له وشرط أن لا يشترط عليه النقد لانه ان شرط ذلك عليه كان بيعاً سلفاً مشروطاً (مسألة) ولو قال اشتريها لنفسك بعشرة نقداً وأنا اشتريها منك باثني عشر نقداً أو الى أجل قال ابن حبيب لا يجوز ذلك ووجه ذلك انه اذا شرط أن يكون المشتري يشتريها لنفسه ثم يبيعها منه لم يحتمل هذا الجعل وكان قد باع منه مالم يس عند ذلك غير جائز بثمن معجل ولا مؤجل (فرع) فان وقع ذلك قال ابن حبيب يفسخ الشراء الثاني لان البائع باعها قبل أن تجب له

(فصل) وان كانت البيعتان الى أجل وذلك أن يقول له ابتع وان كانت البيعة الاولى بالنقد والثانية الى أجل فهذه أشد الوجوه فساد المافي ذلك من العينة وقد قال مالك في الموازية فيمن سأل رجلاً أن يبيع منه شيئاً فيقول ابتاعه لك فيراوضه على الريح ثم يشتريه فيبيعه منه الى أجل ان هذه هي العينة المكروهة وكذلك لو قال له ابتع لي سلعة كذا أو أربحك فيها كذا الى أجل فكأنه دفع ذهباً في أكثر منها (فرع) فان وقع ذلك في العتبية الذي يقول للرجل ابتع لي هذه السلعة بعشرة وهي لي باثني عشر مؤجلة أنه ان أراد بذلك ايجابها للأمر على أن ينتقدها عنه للمور ويبيعه منه باثني عشر ان ذلك يفسخ مالم تنفذ فان قامت لزمت الأمر بعشرة نقداً ويسقط ما زاد لانه ضمنها حين قال له وقال ابن حبيب اذا وقع لزمت السلعة الأمر بعشرة مؤجلة وهي التي نقدها للمور وله جعل مثله ومعنى ذلك ان هذا استأجره على أن يبتاع له السلعة بدينارين على أن يسلفه المور عشرة دنائير الى أجل وقد قال ابن القاسم ان هذه زيادة في السلعة وقوله ان هذا يفسخ مالم تنفذ السلعة ببدنفسخ الاجارة والسلف فترجع السلعة الى المور لان دين البائع فيها قبل لزمت السلعة حكم على الأمر بما أسلفه المور وذلك عشرة دنائير تعجل لان التأجيل كان بسبب عوض قد بطل ومعنى قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ وان لم تنفذ السلعة لان عمل الاجارة قد كمل وفات نقص عقد الاجارة فيلزم الأمر السلعة وعليه منها الذي استسلفه وجعل مثل المور فيها ابتاع به ونحوه قال ابن المواز (مسألة) وان قال اشتريها بعشرة نقداً وأنا اشتريها منك باثني عشر ديناراً الى سنة فان ذلك أيضاً مما لا يجوز قال ابن القاسم في العتبية فان وقع ذلك لزمت الأمر باثني عشر الى سنة لان مبتاعها ضمنها قبل أن يبيعها منه وقاله مالك ومعنى ذلك والله أعلم ان لم يظهر على ذلك الا بعد أن باعها المور من الأمر بيعاً مستأنفاً فذكره ذلك لما تقدم فيه من الموعد ولم يفسخ لانه لم يكمل بينهما في ذلك بيع ولذلك قال مالك وأحب الى أن يتورع المور عن الزائد على العشرة وأما في الحكم فيقتضي له باثني عشر وقد قال مالك في المجموعة من رواية ابن القاسم عنه في الذي يقول اشتريها هذا المبتاع وأنا ابتاعه منك بريح يسهيه الى

أجل أن ذلك مكروه ومعنى ذلك ما قدمناه من أن يراعى عدم انبرام العقد ولو ماله كان على الموعد فهو مكروه ولا ينتقض وإن ذكر الربح وسماه وإن كان على الضرر فهو حرام وهو الذي ينقض وقد روى ابن المواز عن مالك في الذي يقول للرجل اشتري هذا المتاع ابتاعه منك بربح إلى أجل ولم يتراوضا على ربح يربح يدمم يقطع أسوأ مما عاده إليه فباعه منه إلى أجل أنه مكروه ولا يفسخه إن نزل فراعى في هذه الرواية عدم ذكر تقدير الربح وقال ابن حبيب إن قال له اشتري سلعة كذا وأنا أربحك أكثر أو قال أربحك ولم يسمربحاً أن ذلك لا يجوز ويحتمل أن يريده الكراهية من أجل الموعد فقد كره مالك في ذلك العادة أو الموعد بأن يقول له ليس عندي ولكن عد إلى أشتريه لك ولو اشتراه من أجله ثم يبيعه من غير موعد ولا عادة فلا بأس بذلك

(فصل) ولو كان البيع الأول بأجل والثاني بالنقد وهو مثل أن يقول الرجل لآخر اتبع لي هذه السلعة إلى أجل بخمسة عشر وأنا ابتاعها منك بنقد بعشرة أو لم يقل لي فقد روى عن مالك أنه لا يعجبه ذلك وكرهه ووجه ذلك أن هذا اللفظ يحتمل أن يستعمل في بيع ما ليس عنده وإن المبتاع الآخر أقرض الأول عشرة ليدفعها عنه عند الأجل إلى بائع السلعة ويزيد من عنده خمسة (فرع) فإن وقع ذلك فقد قال محمد إن قال ابتعه لي لزم الأمر ما ابتاعه له به ولا يجوز أن يلزمه نفسه بأقل نقداً ولا بأكثر تأخيراً ولو دفع إليه العشرة ليدفع عنه الخمسة عشر إلى أجل ردت إليه العشرة وبقيت الخمسة عشر على الأمر إلى الأجل لأن قوله اشتريه لي يقتضي ملك الأمر لها بنفس العقد ويحتمل ذلك قوله اشتراها ولا تنقل لي (مسألة) ولو قال اشتراها لنفسك بخمسة عشر مؤجلة وأشتريها منك بعشرة نقداً (١)

ص قال مالك في الذي يشتري السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة إلى أجل مسمى أم المسمى يرجو نفاقه وأما الحاجة في ذلك الزمان الذي يشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الأجل فيريده المشتري رد تلك السلعة على البائع أن ذلك ليس للمشتري وإن البيع لازم له وإن البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشتري على أخذها **ش** وهذا على ما قال في الذي يشتري السلعة من الرجل يريدها بشراء ههنا السلم فن أسلم في سلعة إلى أجل مسمى لغرض كان له فيها عند ذلك الأجل فيخلفه البائع عند ذلك الأجل ويأتي بها عند استغناء المسلم عنها فاتها تلتزم المسلم وليس له ردها لأنها بمنزلة الدين على البائع فإذا أخر الدين عن محله لم تجب بذلك استحالة جنس الدين ولا نقله إلى غيره ولا تنقض العقد الذي كان سبب نبوته في ذمته ونقل مالك في الرجل يكثر الدابة ليضرب بها من الغد إلى موضع اضطر إلى الخروج إليه فيخلف الكري ويغير بدابته ويكرها من غيره ثم يعود إليه بعد مدة وقد استغنى المكثري عنها أنه ليس له الأركوب الدابة وعليه الكراء الذي عقده (مسألة) ولورفع المكثري أمره إلى الإمام وكان أكثرى منه راحلة غير معينة أكثرى على الكري راحلة تنفرج بها وإن كان أكثرى منه راحلة معينة لم يكن له أن يكرى عليه راحلة وإنما يكون له أن يبيع على الكراء أو ينقل إلى الكري إن كان قريباً وإن كان بعيداً يلحقه الضرر بانتظاره واختار المكثري الفسخ فسخ بينهما في ذلك من الضرر عليه (مسألة) وهذا إذا كان الكراء لم يتقدر بزمان فإن تقدر بزمان فإن الكراء بفوات الزمن وإن تعلق بقطع مسافة أو بنفس العمل فإنه على ضربين أحدهما أن لا يتعلق بزمان معين والثاني أن يتعلق بزمان معين فإن كان لا يتعلق بزمان معين كالكراء من مصر إلى إفريقية أو الشام فهذه لا يفوت بمغيب أحد المتكاريين وإن طالبت المدة والكراء

قال مالك في الذي يشتري السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة إلى أجل مسمى أم المسمى يرجو نفاقه وأما الحاجة في ذلك الزمان الذي يشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الأجل فيريده المشتري رد تلك السلعة على البائع أن ذلك ليس للمشتري وإن البيع لازم له وإن البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشتري على أخذها

بينهما ثابت ما لم يفسخه امام على ما تقدم (مسئلة) وأما ما يتعلق بابان فعلى ضربين أحدهما يتعلق بابان لا يمكن الا فيه كاتراء السفن في البحر والثاني أن يتعلق به على وجه ما من صفة ذلك العمل لا يمكن الا في ذلك الابان كاتراء الحاج الى مكة واكثرهم من مكة الى منى وعرفة فأما الضرب الاول فلا خلاف في المذهب انه يفوت بفوات الابان لا بفوات الوقت المعين وذلك يجري مجرى السلم في الرطب ليقبض في يوم معين من ابان الرطب فانه لا خلاف في أنه لا يفوت بفوات ذلك اليوم المعين وهل يفوت بفوات الابان وقد تقدم ذكره وأما الضرب الثاني وهو كاتراء الحاج الى مكة ومنى وعرفة والذي نص عليه مالك في المدونة وغيرها وعليه أكثر أصحابنا ان الكراء يفسخ لأنه عمل له ابان فوجب أن تنفسخ الاجارة عليه بفوات وقته ككراء السفن وروى ابن المواز عن مالك رواية أخرى أنه ان نقد الكراء في الحج فاحب الى أن يتأخر الكراء الى عام قابل ولا يؤمر بالرد وان لم ينقد فجاز ففسخه ثم رجع مالك في الحج فقال يفسخ بينهما وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه مخير ان شاء بقي الى قابل وان شاء فسخ الكراء وجعل ذلك محمد في قوله بالفسخ كالكراء لأيام معينة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه ليس ذلك من باب التعيين لأن تعيين الايام للكراء انما هي ان يتقدر العمل بها وانما جاز ذلك لما ندكره بعدها ان شاء الله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندى لا يفسخ بخروج أول الناس وانما يفسخ بغيبة الكرى عنه في وقت يعلم انه ان تأخر عنه فاته الحج على السير المعتاد والله أعلم (مسئلة) ومن سلم في صحايل يوفي بها عيد الاضحى فغاب عنه المسلم اليه وأناه به بعد فوات الاضحى فقد قال في بعض الاقوال يبطل السلم وقد اختلف قول مالك وأصحابه فيه من سلم في الفاكهة الرطبة ففات ابانها قبل قبضها أو قبض بعضها في المدونة عن مالك انه كان يقول يتأخر الى ابانه من السنة الثانية ثم رجع عن ذلك فقال لا بأس أن يأخذ ببقية رأس ماله ومعنى ذلك والله أعلم أن له أن يؤخر أو يعجل وكذلك رواه ابن حبيب عن مالك قال ابن القاسم ومن طلب التأخير منهما فذلك له الا ان يجتمع معا على التعجيل فذلك جائز قال سحنون ليس لواحد منهما الفسخ وما بقي في ذمته الى قابل قال أشهب لا يجوز التأخير وليس له الا رأس ماله وقال أشهب من شاء المحاصة فذلك له الا أن يتفقا على التأخير وجه قول مالك الاول أنه يتأخر الى قابل وهو الذي اختاره سحنون وانه لا يجوز الفسخ لانه عقد قد ثبت بينهما ولزم في الأعيان فلا ينتقل ما عقدا عليه الى غيرها كما لو أعسر البائع المسلم اليه فيحتمل مسئلة الكراء للحج أن تكون مخالفة لهذه لانهاتتوقت بالشرع وهذه لاتتوقت بالشرع وانما تتوقت بالامكان من القضاء ويحتمل أن يخالفها لان العقود على المنافع مخالفة للعقود على الأعيان فيما يتعلق بفوات الابان ولذلك فسخ الكراء بينهما في المراكب بفوات الابان ولو اشترى منه مركبا أو سلم اليه فيه ففات وقت الانتفاع به لم يكن غيره ووجه الفرق بينهما ان منافع الأعيان يجوز أن يعقد منها على ما لم يوجد مما يختص بعين واحدة والأعيان لا يجوز ذلك فيها لان عقودها مبنية على اللزوم على كل حال فلذلك لم يجوز للبائع أن يبيع منها شيئا في ذمته الا ما يعلم انه لا يكاد يعدمه لكثرة جنسه وسعة ما يتعلق به وأما قول أشهب فلا يجوز عنده الا الفسخ والتعجيل ووجه ذلك انه مخير بين أمرين لا يجوز أن يكون أحدهما عوضا للآخر على وجه ما يخبر فيه فلم يصح ذلك كما لو اشترى منه ثمرة نخلة من عشرة نخلات على أن يختار المبتاع وذلك انه لا يجوز اذا كان له عليه دين أن يعاوضه في رطب الى عام قابل فلذلك لا يجوز أن يخبر بين تأخير دينه وبين ابقاء ثمرته عليه الى

عام قابل ولا يجوز أن يلزم بقاؤها الى عام آخر لما في ذلك من الضرر على المبتاع بتأخير ماله عليه كمال يلزمه ذلك في كراء السفن وقد اتفق ابن القاسم وأصبغ وقول مالك الذي رجع اليه على التأخير بين الأمرين ووجه ذلك انه حق لأحد العاقدين لما فيه من الضرر الللاحق بهما أو بأحدهما فكان كالعيب يجده بالمبيع فله رده وله ابقاؤه ولو اشترى رجل جارية من أعلى الرقيق فتواضعها ثم اطلع المشتري على عيب بها لكان له الرضا بها وانتظار قبضها اذا انقضت مواضعها أو ردها الآن مع جلا فكذا في مسئلتنا مثله وهذا حكم كراء السفن اذا فات اiban جريها لانه لم يجب على من له الحق الفسخ وانما وجب له ذلك (٢) (فرع) واختلاف قول القائلين بالتأخير فقال ابن القاسم من شاء التأخير فذلك له وقال أصبغ من شاء التعجيل فذلك له وجه قول ابن القاسم ان الضرر يلحق من أراد التأخير بالتعجيل كما يلحق من أراد التعجيل بالتأخير وقد انعقد سلكهم ما بعين المسلم فيه فلا ينتقلان عنه للضرورة لانهما قما عليه لان في نقلهما عنه مضرة لاحقة لمن كره التعجيل ونقل عين المبيع الى غيره ولانه اذا استوت الضرورة كان البقاء على حكم العقد أولى كما يلزم اذا لم يكن في احدى الجهتين ضرورة ووجه قول أصبغ ان العقد مبني على التعجيل فالضرر الللاحق بالتأخير يخرج عن حكم العقد فكانت مراعاة أولى من ضرر لا يخرج عن حكم العقد بل يرد اليه لانه يعلم ان المسلم اليه يلحقه ضرر بتسليم ما عليه من المسلم فيه لاسيما مع ضيق حاله ولكنه ضرر يقتضيه العقد فلا اعتبار به ولا يغير له شيء من حكم العقد (فرع) وقول مالك لا بأس أن يأخذ ببيعة رأس ماله ذكر الشيخ أبو محمد عن بعض شيوخه ان معناه اذا تراضيا وهذا غير صحيح من جهة النقل لان ابن حبيب روى عن مالك انه قال للمشتري أن يؤخر أو يعجل فهذا قول آخر في التأخير وهو أن يكون مقصورا على المبتاع ووجهه ان الضرر يختص به في تأخير ماله عليه تعجيله وهذا غالب الحال فكان الخيار مختصا به كمكثري السفينة وواجد العيب بالمبيع فيه المواضعة وفي كتاب محمد عن ابن القاسم مثل هذا السؤال الذي ذكره ابن حبيب عن مالك وقد تقدم وجهه (مسئلة) اذا قلنا انه يفسخ بينهما البيع فقد قال ابن أبي زمنين ان محاسبا فاجاز أن يأخذ ببيعة رأس ماله ماشاء معجلا حاشا الطعام لانه يدخله في معنى قول مالك اقتضاء طعام معجل في طعام مؤجل اذا كان له أن يؤخره الى قابل بالثمرة فتركها وأخذ مكانها طعاما كذلك قال ابن حبيب وقد خففه أصبغ في الطعام على اقراره منه بالمعنى فيه وفي كتاب محمد يأخذ فيما لا يقطع ابانه من العنب زيبيا أو عنبا شتويا رطلين بعد العلم بما بقي من الثمن وكذلك من سلم في لحم ضأن فانه قطع ابانه فان له أن يأخذ بما في سلمه لم يقرأ كثيرا وأقل نقدا يقبض جميعه مكانه فاما على أن يأخذ كل يوم منه ماشاء فلا يجوز ذلك قال الشيخ أبو محمد يرد محمد على قول من يرى أن ليس لها الا المحاسبة فيما ليس لحاطط بعينه وروى عن ابن القاسم ابن الكاتب انما يقع ما ذكره اذا حكم بالفسخ أو شهد بالفسخ فيئذ يأخذ الحما من غير نوعه أقل أو أكثر للخلاف الذي في أصل المسئلة وما فيه خلاف فانه يحتاج الى حكم أو اشهاد وقال الشيخ أبو محمد عسدا الحق لا اعتبار بالاشهاد ولا تأثير له وانما الاعتبار بحكم الحاكم ص قال مالك في الذي يشتري الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذي يأتيه أنه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فبريد المبتاع أن يصدق أو يأخذ بكياله ان ما يبيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما يبيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشتري الآخر لنفسه وانما كره الذي الى أجل لانه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

* قال مالك في الذي يشتري الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذي يأتيه أنه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فبريد المبتاع أن يصدق أو يأخذ بكياله ان ما يبيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما يبيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشتري الآخر لنفسه وانما كره الذي الى أجل لانه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

هذا الوجه بغير كيل ولا وزن فان كان الى أجل فهو مكروه ولا اختلاف فيه عندنا ^م ش
وهذا كما قال ان شراء الطعام بالنقد اذ رضى المبتاع أن يصدق البائع في كيله أو وزنه ان كان
موزوناً فانه جائز وان كان قد روى ابن حبيب عن القاسم بن محمد وغيره استثقاله وقال مالك وانما
كره ذلك اذ يبيع بالتأخير والذريعة فيه أبين فعلى تأويل مالك لا يتعلق كراهيتهم له بالنقد بل ذلك
جائز بالنقد دون النساء وذلك انه ليس في تصديقه فيما ابتاع بالنقد وجه بين من الذريعة الى أمر مكروه
وعلى انه قد ذكر أن الذريعة في التأخير أبين وظاهر هذا اللفظ يقتضي ان في النقد وجهان من
الذريعة ليس يغني به (مسئلة) اذ اثبت ذلك في ابتاع طعاماً مسمى له كيله أو حضر كيله فقد قال
ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ انه على الكيل حتى يشترط التصديق ووجه ذلك ان ضمانه من
بائعه وان كان قد اكتاله حتى يكيله المبتاع منه وقد يختلف الكيل فيفسخ البائع منه اذا استراه على
مالا يرضى المبتاع (مسئلة) ومن ابتاع طعاماً على الكيل رجع بالتصديق فلا رجوع للشري الى
الكيلر واه ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك انه قد التزمه على التصديق وأسقط
عن البائع ما يلزمه من مؤنة الكيل والضمان والرجوع بالنقص اليسير الذي يكون من نقص الكيل
ففي هذه الأشياء الثلاثة يؤثر التصديق فلا رجوع للشري فيها بعد ان تركها للبائع (مسئلة) وان
أراد المبتاع بعد التصديق فيما اشترى على الكيل وفيما اشترى على التصديق يكيله ان هو بحضرة بينة
قبل أن يغيب وكان له ذلك فان وجد نقصاً لا يكون من نقص الكيل مما يشبه الغلط كان له الرجوع
به وان غاب عليه قبل البينة فعلى البائع العيمين انه باعه على ما شاهد من كيله وان حلف برى وان نكل
حلف المبتاع ورجع بماتقص منه وان وجد زيادة في الكيل فقد روى ابن المواز عن أشهب من
اشترى صبرة على ان فيها كيلاً سماه فوجدها تزيد فليرد الزيادة ويلزمه البيع في الباقي ووجه ذلك
انه لما اشترها على كيل معلوم كان النقص والزيادة للبائع فكما انه لو نقصت رجع على البائع كذلك
اذا زادت رد عليه الزيادة (مسئلة) ومن ابتاع طعاماً على التصديق فقال مالك لا يبيعه هو حتى
يغيب عليه ويكيله لانه لم يتم بيعه الا بذلك وقاله ابن كنانة وأجاز ذلك ابن القاسم وابن الماجشون
وأصبغ قاله ابن حبيب في الواحجة وجه قول مالك ان الذريعة في ذلك الى بيع الطعام قبل استيفائه
لانه اذا أراد ذلك صدق البائع ثم باعه ثم حضر بينة تشهد كيله على المبتاع منه فلا يضره التصديق
ويرجع بماتقصه ووجه قول ابن القاسم انه قد خرج عن ضمان البائع فجاز له بيعه كما لو اكتاله (مسئلة)
ومن ابتاع زقافيه سمن بقمح جزافاً وزعم بائع الزق ان فيه عشرة أفساط في العتية عن ابن القاسم
عن مالك انه كره أن يأخذ السمن بقول صاحبه وبه قال المخزومي واختاره سحنون وقال ابن القاسم
ذلك جائز ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ وجه القول الاول ما احتج به ابن حبيب
من انه طعام بطعام غير ناجز لان له أن يحتبر كيله بعد التفريق ووجه قول ابن القاسم ان التصديق

معنى يخرج به الطعام عن ضمان البائع كالكيل

(فصل) وقوله وما يبيع على هذه الصفة الى أجل فهو مكروه قال لانه ذريعة الى الربا فان الذي يظهر
اليمنان جهة المنع أن يكون المبتاع تجوز في بعض الكيل لما عليه من الدين رجاء التأخير بعد
الأجل فيكون ذلك من وجه هدية المديان ومن ابتاع بنقد فقد سلم من ذلك وأما قوله فهو ذريعة الى
الربا فلعله يريد ما ذكرناه لان ما يترك للبائع من نقص الكيل زيادة اذاداه من مال المبتاع والله أعلم
(مسئلة) ويجوز أن يبتاع الرجل الطعام الى أجل ويصدق البائع على كيله اذا كان يكيله

هذا الوجه بغير كيل ولا
وزن فان كان الى أجل
فهو مكروه ولا اختلاف
فيه عندنا

بالقرب قال عن ابن القاسم في العتية اذا كان في السفر على الميل ونحوه وأما ان كان محايثاً فزكاه
 الأيام قال محمد عن ابن القاسم أو الى بلدي بلغه لم يجز ووجه ذلك ما احتج به من انه يضمن له البائع
 المبيع ونقصه المدة الطويلة وقال ابن القاسم فان كان عنده من ذلك الطعام بعينه ما يوفيه النقص
 جاز ذلك وان لم يكن عنده لم يجز ذلك وان قرب وذلك اذا قال له هات نقص وفيتكه قال ابن المواز
 واذا قيل له هات نقص فبصا به وكان ذلك بالقرب فهو جائز سواء شرطاه في أصل العقد أو اتفاقا عليه
 بعد العقد غير انه لا ينقده الا قدر ما لا يشك في روى في المدونة عبد الرحمن بن دينار عن ابن
 كنانة انه مكره وعلى الاطلاق دون شرط قال لانه ان نقص الطعام كان قد كتب على نفسه ذكر
 حق للبائع بشئ لم يتم له فهذا لا يصلح ويدخله باب آخر وأبواب من الفساد والوجه الذي ذكره
 يتخلص منه بان لا يكتب ذكر الحق حتى يكتب له أو يبين في ذلك الحق انه أخذه على التصديق في كيله
 وأما الأبواب الأخر التي ذكرها من الفساد فله ما تقدم ذكره لابن القاسم ص قال مالك
 لا ينبغي أن يشتري دين على رجل غائب ولا حاضر الا باقرار من الذي عليه الدين ولا على ميت وان
 علم الذي ترك الميت وذلك ان اشتراه ذلك غرر لا يدري أيتم أم لا يتيه قال وتفسير ما كره من ذلك انه
 اذا اشترى ديناً على غائب أو ميت أنه لا يدري ما يلحق الميت من الدين الذي لم يعلم به فان لحق الميت
 دين ذهب الثمن الذي أعطى المبتاع باطلا قال مالك وفي ذلك أيضا عيب آخر انه اشترى شيئاً ليس
 بمضمون له وان لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح ش وهذا على ما قال لا يجوز أن يشتري
 دين على غائب وذلك ان الدين الذي على الغائب لا يخلو أن يكون يثبت عليه بشهود عدول أو لا يثبت
 عليه ذلك الا بدعوى البائع له فان كان لا يثبت عليه الا بدعوى البائع له فلا خلاف في المنع منه لما
 فيه من الغرر وخطر لجواز أن ينكر من هو عليه فيبطل ذلك كشراء الآبق وان نقض فيه دخله
 وجه آخر من الفساد لانه ان أنكره من هو عليه رجع بماتقديه وان نقض البيع فيه كان ثمنه لما
 اشتراه فيكون تارة يباع وتارة سلفا وان ثبت ذلك بينة عدول فهل يجوز شراؤه والذي عليه الدين
 غائب روى داود بن سعيد عن مالك اذا ثبت الدين بينة وعلم ان الذي عليه الحق حي فلا بأس بذلك
 وروى عيسى عن ابن القاسم ثبت له البيعة ولم تثبت لأحبه الا أن يجمع بينه وبينه والذي عليه
 في المدونة في السلم الثاني (مسئلة) واذا بيعت الدين من غير من هو عليه ففي كتاب ابن المواز انه
 يجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين فقط ولا يؤخر الغريم اذا بيعته منه الا مثل ذهابه الى البيت
 وأما ان تغارقه ثم تطلبه فلا يجوز ووجه ذلك ان تأخير المبتاع اذا كان غير من يلب السكالي
 بالسكالي واليسير منه معفو عنه كتأخير رأس مال السلم واذا بيعته من الذي عليه الدين فهو من باب
 فسخ الدين في الدين ولا يجوز منه الا قدر ما لا يمكن القبض الا به فان كان ما يأخذه يسيراً فبقدر
 ما يأتي بمن يعمل وان كان طعاماً كثيراً جاز ذلك مع اتصال العمل فيه ولو اتصل شهراً قاله أشهب
 (مسئلة) وهذا اذا كان ما يأخذه منه حاضراً أو في حكم الحاضر كالشئ يكون في منزله أو مخزونه
 أو حائوته فيذهب ان من فورهما القبض وأما ان كان على ستة أشهر فقد كرهه مالك حل الدين أو لم
 يحل رواء ابن المواز ووجه ذلك ما يدخله من التأخير الذي لا يكون من أجل القبض وانما هو
 من أجل مغيب المبيع (مسئلة) فاذا قلنا انه يجوز بيع الدين ممن هو عليه فهل يجوز أن يبيعه
 منه بكراء أو اجارة وروى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك منعه وروى أشهب عن مالك اجازته
 وجه رواية ابن القاسم انه معنى يعتبر به ما في الذمة ولا يبرأ برأئها فلم يجز كمالوا أخذه بجرية تتواضع أو

* قال مالك لا ينبغي أن
 يشتري دين على رجل
 غائب ولا حاضر الا باقرار
 من الذي عليه الدين ولا على
 ميت وان علم الذي ترك
 الميت وذلك ان اشتراه
 ذلك غرر لا يدري أيتم
 أم لا يتيه قال وتفسير
 ما كره من ذلك أنه اذا
 اشترى ديناً على غائب
 أو ميت أنه لا يدري ما يلحق
 الميت من الدين الذي
 لم يعلم به فان لحق الميت
 دين ذهب الثمن الذي
 أعطى المبتاع باطلا * قال
 مالك وفي ذلك أيضا عيب
 آخر انه اشترى شيئاً ليس
 بمضمون له وان لم يتم
 ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر
 لا يصلح

تحريراً آخر ووجه رواية أشهب أن المنافع لا يمكن قبضها إلا قبض الرقاب وذلك قد وجد (مسئلة)
 وأما استئجار من هو عليه كالشوب يصبغه أو يخطه أو الخنطة يطحنها أو يكرى له منه أرضاً فقد منعه
 مالك في كتاب ابن المواز قال إلا العمل اليسير والدين لم يجعل ذلك جائز وإن حل لم يجز في يسير ولا في
 كثير وكره مالك في رواية ابن وهب في دين لم يجعل أن يستعمله له قبل الأجل قال أخاف أن يمرض أو
 يغيب فينتأخر حتى يجعل الأجل فيصير ديناً بدين ووجه ذلك أنه قبل الأجل من باب الكالي بالكالي
 لأنه ما لم يجعل الأجل فإنه يبيعه الدين المؤجل الذي له عليه بالعمل الذي يعمل له ولا يكون فسخ دين
 في دين لأنه لم يجعل بعد عليه فيفسخه في غيره ويقتضى هذا أن دين كل واحد منهما يبقى إلى الأجل
 وأما إذا حل الأجل فإنه يفسخ دينه الحال في العمل ولذلك لا يبقى له في ذمته بنفس الاستئجار ما كان
 له عليه (مسئلة) وما يضارع بيع الدين أن يكون على الرجل دين من عروض يقضيها ببلد
 فتلقاه ببلد آخر فلا بأس إذا حل الأجل وتراضيتا أن تأخذ منه مالك عليه في جنسه وصفته لأفضل ولا
 أدون فإن كان قبل الأجل لم يجز كان دينك من قرض أو بيع ويجوز ذلك في البلد قبل الأجل
 مثله ويجوز في القرض أجود منه رواه ابن المواز ووجه ذلك أنه قبل الأجل إذا أعطاه بغير البلد
 لم يخل من حط عني الضمان وأز يدك أوضع وتعجل وكذلك القرض لأنه ليس له أن يدفعه إليه بغير
 بلد القرض وإن كان ببلد القرض أو قبل السلم جاز قبل الأجل مثله ولم يجز أدون ولا أفضل لما قدمناه
 ويجوز في القرض أجود لأن له أن يعجله ولا يجوز أدون لأنه ليس للقرض أن يتعجله فيدخله
 ضعه وتعجل ص قال مالك وإنما فرق بين أن لا يبيع الرجل إلا ما عنده وأن يسلف الرجل في
 شيء ليس عنده أصله أن صاحب العينة إنما يحمل ذهبه التي يريد أن يتناع بها فيقول هذه عشرة دنائير
 فأتريد أن أشتري لك بها فكانه يبيع عشرة دنائير نقداً بخمسة عشر ديناراً إلى أجل فلماذا كره
 ذلك وإنما تلك الدخلة والدلسة ش هذا على حسب ما ذكره أن من وجوه فساد بيع مال ليس
 عنده وإن جاز ذلك في السلم أن عمل أهل العينة إنما قصدون بذلك إلى سلف درهم في درهم ونصف لأنه
 يقول له هذه عشرة دنائير أشتري لك بها ما شئت أبيعه منك بخمسة عشر ديناراً إلى أجل فكانه
 باعه عشرة نقداً بخمسة عشر إلى أجل وهذا الذي ذكره وجه من وجوه المنع من بيع مال ليس عندك
 بسبب الذريعة وإنما قصدنا أن يتكرر قصده والافبيع مال ليس عندك ممنوع لنفسه وقدر روى
 جعفر بن أبي وحشية عن يوسف بن ماهر عن حكيم بن حزام سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فقلت يا رسول الله يأتيني الرجل يسئلي البيع ليس عندي أبيعه منه ثم ابتاعه من السوق قال فقال
 لا تبع مال ليس عندك وهذا أحسن أسانيد هذا الحديث ومن جهة المعنى أنه مبني على أن السلم لا يصح
 إلا مؤجلاً وإذا جازنا السلم على الحول حل الحديث على أن يبيع مال ليس عنده وهو أن يبيعه شيئاً
 معيناً قبل أن يملكه ويتضمن خروجه من ملكه وعلى أن اسم البيع لا يتناول السلم في الظاهر
 ووجه آخر أنه يمنع منه لمافيه من الفرر لبيع مال ليس عنده ويطلب عقيب البيع بقضائه فيتعذر عليه
 تسليمه وذلك يمنع صحة العقد كما لو كان معيناً (فرق) وفرق بين شراء ما عند البائع وبين السلم فيه أن
 السلم اختص بالتأجيل في المشهور من المذهب والبيع يختص بنفس المبيع وما اختص بأحد
 العقدين فإنه يختص به على سبيل التصحيح للعقد كالأجل في السلم * وفرق آخر وهو أن السلم ينافي
 التعيين في المبيع لمافيه من التفرير رفضاً منه إلى الأجل والبيع ينافي عدم التعيين لمافيه من التفرير
 بتعذر تحصيله وتفاوت ثمنه مع كونه حالاً عليه فلا يجد السبيل إلى تسليمه

* قال مالك وإنما فرق
 بين أن لا يبيع الرجل
 إلا ما عنده وأن يسلف
 الرجل في شيء ليس عنده
 أصله أن صاحب العينة
 إنما يحمل ذهبه التي يريد
 أن يتناع بها فيقول هذه
 عشرة دنائير فأتريد أن
 أشتري لك بها فكانه
 يبيع عشرة دنائير نقداً
 بخمسة عشر ديناراً إلى
 أجل فلماذا كره ذلك
 وإنما تلك الدخلة والدلسة

﴿ ما جاء في الشركة والتولية والاقالة ﴾

ص ﴿ مالک فی الرجل یبیع البر المصنف ویستثنی ثیاباً برقومها انه ان اشترط أن یختار من ذلك الرقیم فلا بأس به فان لم یشرط أن یختار منه حین استثنی فانی أراه شریکاً فی عدد البر الذي اشترى منه وذلك ان الثوبین یكون رقیماً سواء وینهم ما تفاوت فی الثمن ﴾ ش وهذا علی ما قال ان الرجل اذا باع أصنافاً من البر واستثنی منها ثیاباً برقوم علیها من الثمن أو بما كان علیه رقیم جنس ما والاول أظهر فانه لا یجوز اذا استثنی بعض النوع الذي استثنی منه أن یستثنی الاختیار أو لا یشرط شیئاً فان استثنی الاختیار فان له ذلك ولا یجوز ذلك اذا استثنی اختیاراً الا کثر منه وهو بائع وقد تقدم ذکره (مسئله) وان لم یشرط شیئاً فهو شریک فی ذلك النوع بقدر ما استثنی منه من جمیع عدده وذلك مثل أن یكون ذلك النوع الذي استثنی منه ثلاثین ثوباً فیستثنی منها عشرة أثواب فانه یكون شریکاً فی ذلك النوع من المتاع بالثلث لثله ولین ابتاعه ثلثاه

(فصل) وقوله وذلك ان الثوبین یكون رقیماً سواء وینهم ما تفاوت فی الثمن یرید انه لا یكون له أفضلهما ولا أدناهما لتفاوت آثمان النوع الواحد من الثیاب مع تساویها فی الرقوم اما لأن الرقیم بمعنی النوع واما الغلاء أو رخص وأما أن البائع قد فرقها علی المشتري بثمن واحد یتحمل بعضها بعضاً فاذا لم یشرط تعییناً ولا اختیاراً فلم یبق الا أن یكون شریکاً بعدد ما استثناه والله أعلم ص ﴿ قال مالک الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فی الطعام وغيره قبض ذلك أو لم یقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم یکن فیہ ربح ولا وضیعة ولا تأخیر للثمن فان دخل ذلک ربح أو وضیعة أو تأخیر من واحد منهما صار بیعاً یجعله ما یجمل البیع و یحرمه ما یحرم البیع و لیس بشرك ولا تولیة ولا اقالة ﴾ ش وهذا علی ما ذکره ان من ابتاع طعاماً علی کیل أو وزن أو عدد فلا یجوز له أن یبیعه حتی یتسوفیه لنهی النبی صلی الله علیه وسلم عن ذلك و یجوز له أن یشرك فیہ بأن یولی أحداً جزءاً منه أو یولیہ جمیعہ أو یقبل البائع منه وذلك كله قبل استيفائه والأصل فی ذلك ما روی بیعة عن سعید بن المسیب أن رسول الله صلی الله علیه وسلم نهى عن بیع الطعام قبل أن یتسوفی وأرخص فی الشركة والتولية والاقالة ومن جهة المعنی أن هذا من عقود المکارمة فاستثنی من بیع الطعام قبل استيفائه كما استثنی بیع العربیة من النهی عن بیع الرطب بالتمر

(فصل) وقوله اذا كان فی ذلك النقد ولم یکن فیہ ربح ولا وضیعة یرید بقوله اذا كان فی ذلك النقد أو یكون البیع علی النقد وتكون علی ذلك الشركة أو التولية أو الاقالة ولو كان النقد الاول علی التأجيل لم یجز ذلك وان كانت الشركة والتولية والاقالة الى ذلك الاجل لان من سنة هذه العقود أن تكون مساویة لما تقدمها من البیع ولا یكون فی شیء من العوضین نقص ولا زیادة غیر ما انعقد به البیع الأول ولا یکاد الرقیم یتساوی ولا تصح فی ذلك شركة ولا تولیة ولا اقالة لعدم تساوی الرقیم (مسئله) واذا كان البیع الاول بالنقد جازت الشركة والتولية والاقالة بالنقد دون تأخیر ولا زیادة فی الثمن ولا نقص منه لان ذلك یمخرجه عن حکم الشركة والتولية والاقالة الى حکم البیع المحض المنافی للمکارمة المبنی علی المغابنة والمکایسة والذي یمنع أن یملك به الطعام قبل استيفائه ولذلك قال مالک اذا كان فی ذلك تأخیراً وزیادة ثمن أو نقص منه فلیس بشركة ولا تولیة ولا اقالة

(فصل) وقوله فان دخل ذلك ربح أو وضیعة أو تأخیر من أحدهما صار بیعاً یرید انه لا تكون

﴿ ما جاء في الشركة والتولية والاقالة ﴾

قال مالک فی الرجل یبیع البر المصنف ویستثنی ثیاباً برقومها انه ان اشترط أن یختار من ذلك الرقیم فلا بأس به فان لم یشرط أن یختار منه حین استثنی فانی أراه شریکاً فی عدد البر الذي اشترى منه وذلك ان الثوبین یكون رقیماً سواء وینهم ما تفاوت فی الثمن ﴿ قال مالک الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فی الطعام وغيره قبض ذلك أو لم یقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم یکن فیہ ربح ولا وضیعة ولا تأخیر للثمن فان دخل ذلك ربح أو وضیعة أو تأخیر من واحد منهما صار بیعاً یجعله ما یجمل البیع و یحرمه ما یحرم البیع و لیس بشرك ولا تولیة ولا اقالة

قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة ثنى ينزعهما من أيديهما فان المشتري يأخذ من الذي أشركه الثمن ويطلب الذي أشركه بيبعه الذي باعه السلعة الا أن يشترط المشتري على الذي أشركه بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذي اشترى بزا أو رقيقا فبت شراءه بر بدا اشتراعه على القطع دون الخيار ثم أشرك فيه رجلا بأن باعه نصفه أو جزأ منه ونقد الثاني صاحب السلعة يريد البائع جميع ثمن السلعة ثم استعقت فان دافع الثمن الى البائع يرجع على المبتاع الأول بجميع الثمن ويرجع المبتاع الأول بذلك على بائعه ووجه ذلك انه يبيع مستأنف وكونه على صفة مخصوصة لا يخرج عنه أن تكون فيه العهدة على البائع ومعنى ذلك كله ان عهدة الشريك على من أشركه مع الاطلاق وعدم الشرط لما ذكرناه بأنه يبيع مستأنف

(فصل) وقوله الا أن يشترط المبتاع على الذي أشركه بحضرة البيع وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذي ابتعت منه يريد أن الشرط يصح في الوقتين روى عيسى عن ابن القاسم انه ان اشترط عليه ذلك بحضرة البيع وقبل أن يفترقا مفارقة بينة ويقطع ما كانا فيه من البيع ومذا كرته وقبض منه حقه أو أخره به فانبت الأمر بينهما ثم أشركه بعد ذلك فان اشترط البيع قبل هذا أن تكون العهدة على البائع صح ما شرطه وان اشترط بعد ذلك فالعهدة على المشتري والمولى ولا ينتفع بشرطه روى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ص قال مالك في الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك وانقد عني وأنا أبيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد عني وأنا أبيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فانت أخذ ذلك الرجل الذي نقد الثمن من شريكه ما نقله فهذا من السلف الذي يجز منه منفعة ص وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقول الرجل للرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك بعشرة دنانير وانقد عني وأنا أبيعها لك لان قوله انقد عني اشتراط سلف يسلفه ثمنها لي كفيه هو مؤنة بيعها ويتولى ذلك دونه فقد جعل جعله في الانفراد ببيع السلعة الانتفاع بما يسلفه الآخر من ثمنها الى أن يبيعها ويرد عليه ما أسلفه واستدل مالك على أن معنى هذا السلف بأن السلعة لو هلكت لرجع السلف على شريكه بما أسلفه من ثمنها فاذا ثبت أن معناه السلف لم يجز ذلك لانا قد قدمنا أن من حكم القرض أن يكون على غير عوض ولا مقارضة وهذا يمنع صحة هذا العقد ويدخله مع ذلك غير ما وجهه من وجوه الفساد (مسألة) فان وقع هذا السلعة بينهما والسلف على صاحبه ما أسلفه نقدا فان لم يكن باع السلعة لم يكن يبيعها الا أن العقد الذي وجب به عليه بيعها قد نقض وان كان المسلف قد باع السلعة فله أجره مثله فيما باع من نصيب المتسلف وذلك أن الشراء وقع صحيحا لها جميعا وانما وقع الفساد في الاجارة

الاقالة والتولية والشركة الا على حكم البيع الاول لازيادة عليه ولا نقصان منه ولذلك كانت هذه العقود مبنية على المكارمة ولو كان من أحد هاتين الأخير بأن يؤخر المسلم اليه رأس مال المسلم أو يكون المبيع منه الطعام ثم قد أنشأ منه ثم أقال منه على التعجيل أو اشترى أو ولى على التعجيل فان ذلك كله يخرج عن عقود المكارمة الى المبايعة المحضة المبنية على المغابنة التي لا يجوز ايقاعها في طعام يبيع قبل استيفائه ولذلك قال يحله ما يحل البيوع من أن لا يقع بعد الاستيفاء ويحرم ما يحرم البيوع فلا يقع قبل الاستيفاء والله أعلم ص قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة ثنى ينزعهما من أيديهما فان المشتري يأخذ من الذي أشركه الثمن ويطلب الذي أشركه بيبعه الذي باعه السلعة الا أن يشترط المشتري على الذي اشترى بزا أو رقيقا فبت شراءه بر بدا اشتراعه على القطع دون الخيار ثم أشرك فيه رجلا بأن باعه نصفه أو جزأ منه ونقد الثاني صاحب السلعة يريد البائع جميع ثمن السلعة ثم استعقت فان دافع الثمن الى البائع يرجع على المبتاع الأول بجميع الثمن ويرجع المبتاع الأول بذلك على بائعه ووجه ذلك انه يبيع مستأنف وكونه على صفة مخصوصة لا يخرج عنه أن تكون فيه العهدة على البائع ومعنى ذلك كله ان عهدة الشريك على من أشركه مع الاطلاق وعدم الشرط لما ذكرناه بأنه يبيع مستأنف

(فصل) وقوله الا أن يشترط المبتاع على الذي أشركه بحضرة البيع وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذي ابتعت منه يريد أن الشرط يصح في الوقتين روى عيسى عن ابن القاسم انه ان اشترط عليه ذلك بحضرة البيع وقبل أن يفترقا مفارقة بينة ويقطع ما كانا فيه من البيع ومذا كرته وقبض منه حقه أو أخره به فانبت الأمر بينهما ثم أشركه بعد ذلك فان اشترط البيع قبل هذا أن تكون العهدة على البائع صح ما شرطه وان اشترط بعد ذلك فالعهدة على المشتري والمولى ولا ينتفع بشرطه روى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ص قال مالك في الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك وانقد عني وأنا أبيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد عني وأنا أبيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فانت أخذ ذلك الرجل الذي نقد الثمن من شريكه ما نقله فهذا من السلف الذي يجز منه منفعة ص وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقول الرجل للرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك بعشرة دنانير وانقد عني وأنا أبيعها لك لان قوله انقد عني اشتراط سلف يسلفه ثمنها لي كفيه هو مؤنة بيعها ويتولى ذلك دونه فقد جعل جعله في الانفراد ببيع السلعة الانتفاع بما يسلفه الآخر من ثمنها الى أن يبيعها ويرد عليه ما أسلفه واستدل مالك على أن معنى هذا السلف بأن السلعة لو هلكت لرجع السلف على شريكه بما أسلفه من ثمنها فاذا ثبت أن معناه السلف لم يجز ذلك لانا قد قدمنا أن من حكم القرض أن يكون على غير عوض ولا مقارضة وهذا يمنع صحة هذا العقد ويدخله مع ذلك غير ما وجهه من وجوه الفساد (مسألة) فان وقع هذا السلعة بينهما والسلف على صاحبه ما أسلفه نقدا فان لم يكن باع السلعة لم يكن يبيعها الا أن العقد الذي وجب به عليه بيعها قد نقض وان كان المسلف قد باع السلعة فله أجره مثله فيما باع من نصيب المتسلف وذلك أن الشراء وقع صحيحا لها جميعا وانما وقع الفساد في الاجارة

من أجل السلف فالسلف مردود والعامل أجر عمله فيما عمل لشريكه وله ربح حصته من السلعة
ولشريكه ربح حصته (مسألة) ولو ظهر على هذا قبل النقد لا مسك المسلف ما شرط عليه أن
يسلفه وان كان قبل أن يعمل المسلف عمل في حصته دون حصته شريكه وكان على شريكه أن يعمل في
حصته أو يستأجر المسلف استجاراً مستأنفاً محيياً ص قال مالك ولو أن رجلاً ابتاع سلعة
فوجبت له ثم قال له رجل أشركني بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعاً كان ذلك حلالاً لا بأس
به وتفسير ذلك أن هذا يبيع جديد ببيع نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر ش وهذا
على ما قال أن من اشترى سلعة وثبت له ملكها ثم أتاه رجل فقال له أشركني بنصف هذه السلعة
وأنا أبيع لك جميعاً فانه جائز وذلك انه باعه النصف الذي أشركه بنصف الثمن الذي ابتاعها به وبعمله
في النصف الباقي له يتناول يبيعها الآن يبيعها فلم يدخل في ذلك شيء من الجهالة لأن الثمن معلوم
والسلعة معلومة وعمل الشريك في بيعها معلوم ووجه تناوله في ذلك معلوم والله أعلم وانما يتعلق به
من وجوه الاعتراض انه جمع بين البيع والاجارة في عقد واحد وذلك جائز عند مالك لانهما عقدان
مبنيان على اللزوم ومقصودهما واحد فلا تنافيان ولم يجز أن يجمع الجعل والبيع في عقد لأن
الجعل مبني على الجواز والبيع مبني على اللزوم فهما يتنافيان فلذلك لم يصح اجتماعهما (مسألة)
اذا ثبت ذلك فإن لجواز هذا العقد الذي ذكره مالك شرطاً منها انه لا يجوز إلا أن يضرب لمدة
البيع أجلاً فيقول على أن أبيع لك النصف الثاني شهراً أو شهرين أو ما اتفقا عليه من الأجل فإن
لم يضرب بذلك أجلاً لم يجز هذا المشهور عن مالك وهي مسألة أصل الكتاب وفي المدونة وذكر
بعض الرواة عن مالك فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له المشتري النصف الثاني انه لا يجوز وان
ضرب لذلك أجلاً فهو أحرم له فوجه قولنا انه لا يجوز مع عدم الأجل ويجوز مع وجوده ان عدم
الأجل يبطل عقد الاجارة وان كان معنى ذلك الاجارة وان كان معناه الجعل فلا يصح أن يقارن
البيع لما قدمناه واذا ضرب الاجل صححت الاجارة وصح مقارنتها للبيع ووجه المنع من ذلك قال
بعض شبوخنا القرويين ان معنى ذلك انه اشترى معيناً لا يقبضه الا الى الاجل * قال القاضي
أبو الوليد ومعنى ذلك عندي انه ليس له أن يفوت النصف الذي صار اليه بالشركة قبل البيع أو
انقضاء الاجل لانه لا يستحق جميع العين الا بانقضاء الاجل لان بعضه اجرة يبعه في جميع المدة
(فرع) فاذا قلنا بجواز ذلك فباع السلعة قبل انقضاء الاجل وذلك مثل أن يبيع منه نصف
الثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الثاني شهراً وكان قيمة يبعه اياه شهراً درهمين فصارت ثمن الثوب
اثني عشر درهماً فباعه في نصف الشهر فان صاحب الثوب يرجع عليه بما بقي من اجارة المدة وذلك
نصف سدس ثمن نصف الثوب وذلك ربع سدس قيمة الثوب كله قال ابن المواز يرجع بذلك ثمننا وقال
يحيى بن عمر الا ان يكون الثوب قائماً فيكون له شريكاً به فيه ومعنى ذلك والله أعلم أن يكون انما باع
الاجر نصف المستأجر وبقي نصفه الذي يبيع منه واستؤجر به بيده (مسألة) ومما يجب أن يشترط
في هذا العقد أن تكون السلعة مما تعرف بعينها كالحبوان والحبوب والعروض مما ليس بمكيل ولا
موزون فان كان مكيلاً أو موزوناً كالطعام والحناء في المدونة أنه لا يجوز ذلك وقال سحنون
يقبض الطعام ويناب عليه وقد يبيع في نصف الاجل فيردط ما قد غاب عليه فيدخله السلف والاجارة

* قال مالك ولو أن رجلاً
ابتاع سلعة فوجبت له
ثم قال له رجل أشركني
بنصف هذه السلعة وأنا
أبيعها لك جميعاً كان
ذلك حلالاً لا بأس به
وتفسير ذلك أن هذا يبيع
جديد ببيع نصف السلعة
على أن يبيع له النصف
الآخر

﴿ ما جاء في افلاس الغريم ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء ﴾ * مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ﴿ ش قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه الفلاس هو عدم المال وهو الاعسار قال الله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ولا يخالو أن يكون من ادعى ذلك مجهولاً فلسه أو معلوماً فلسه أو معلوماً غناه فان كان مجهول الفلاس ففي كتاب ابن المواز عن مالك يجلس الحر والعبد حتى يستبد أمره لعلمه غيب ماله وقال مطرف ويجلس النساء ومن فيه بقية رقيق الدين في اللد والتممة ووجه ذلك أن ما يدعيه من الاعسار ينفيه إقراره بما عليه من الدين لأنه قد أخذ عوضه وذلك يقتضي أنه موسر به فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه فلذلك ألزمه السجين لتحقيق حاله (مسئلة) ومن ادعى الفقر وظاهره الغنى وأقام بيئته في الفقر ولم تزك بيئته لم يؤخذ عليه سجين وسجين حتى تزك بيئته من كتاب ابن سحنون وذلك لما قدمناه من أنه يدعي خلاف الظاهر من حاله (مسئلة) وهذا لمن تفالس ويقول لاشئ له وأما داخل الدين فسأل أن يؤخره ووعده بالقضاء فليؤخره الإمام حسب إرجوله ولا يجعل عليه حكاة ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال في كتاب سحنون إن سأل أن يؤخره يوماً أو نحوه أخر ويعطى جيلاً بالمال فإن لم يجد جيلاً به سجين ووجه ذلك أن تعذر القضاء فديته على أكثر الناس اليوم واليومين والثلاثة فإذا أعطى جيلاً بالمال وسأل النظرة إلى مثل هذا المقدار مما مضى فيه على المطالب له فللحاكم أن يوقفه مثل هذا التأخير وقال ابن الماجشون في سالك لرجل عليه سمسك فسأل الصبر حتى يخرج فيصيد قال يصبر عليه ولم يشترط ابن الماجشون في روايته الجمل ووجه ما تقدم من رواية ابن سحنون الجمل في المال لأنه لما جاز الأجل كان له أن لا يؤخره إلا بحميل إلا أن يكون هذا السمسك عديماً يعلم أنه لا مال له ولا يجد قضاء إلا من قصده فيترك والتصيد لانه الوجه الذي يسلم اليه فيه والله أعلم (مسئلة) ومدة سجين المجهول الحال تختلف باختلاف الدين فيأمر ابن حبيب عن ابن الماجشون فقال يجلس في الدريهمات اليسيرة قدر نصف شهر وفي الكثير من المال أربعة أشهر وفي الوسط منه شهرين ووجه ذلك أنه سجين على وجه اختبار حاله فوجب أن يكون على قدر الحق الذي يختبر من أجله (مسئلة) ويجلس الوصي فيما على الإيتام من دين إذا كان لهم في يده مال وكذلك الأب في دين الولد إذا كان له يده مال رواه ابن سحنون عن ابن عبد الحكم ومعنى ذلك أنه قبض له مالا ولا يعلم بقاءه فلا يقبل قوله لأنه يدعي خلاف الظاهر (مسئلة) ويجلس الأب إذا امتنع من الاتفاق على ولده الصغير ولا يجلس الأب في دين الولد يراد إذا كان له عليه دين يطلبه به وأما تركه الاتفاق عليه فضرر يلحق الولد وغيره يطلبه به (مسئلة) ويجلس المسلم للكافر في الدين رواه ابن حبيب ويجلس السيد لمساكنه في الدين ووجه ذلك أن الحقوق لا تعتبر فيها الحرمة والمأزلة إلا الوالد في حق الولد لأن حقه عليه ليس لأجل حرمة وقرابته لأن حرمتها

﴿ ما جاء في افلاس الغريم ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره

واحدة وانما ذلك لما له عليه من حق الابوة الموجبة للنفقة ويحبس سائر القربات من الاجداد وغيرهم والله أعلم فان ظهر أنه لا مال له ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يحلفه ويطلقه ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ومعنى ذلك أن يشهد له الشهود أنهم لا يعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا وينقضي أمر السجن ويلزمه هو اليمين لان الشهود انما يشهدون على العلم فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبت كالرجل يستحق الدار فيشهد الشهود له على علمهم أنهم لا يعلمون فوته فيحلف هو على الباطن بالبت والقطع انه ما فوته

(فصل) وأما من ثبت فلسه وعلم عدمه فروى ابن وهب عن مالك في كتاب ابن حبيب لا يحبس ان كان معسرا ولا شيء له وفي كتاب ابن المواز ان علم انه لا شيء له فلا يحبس حر ولا عبد ووجه ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (مسئلة) ولا يؤاجر المفلس في دينه خلافا لابن حنبل والدليل على ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ومن جهة المعنى ان الدين انما يتعلق بذمته دون عمله قال ابن المواز سواء كان حرا أو عبدا مأذونا له في التجارة

(فصل) وأما من علم غناه أو كان ذلك ظاهرا أمره ففي كتاب ابن المواز والعتبية يحبس حتى يوفي الناس حقوقهم أو يتبين انه لا شيء له فهذا لا يصرف ولا يعجل سراحه حتى يستبرأ أمره قال وهذا مثل التجار الذين يأخذون أموال الناس ثم يدعون ذهابها ولا يعلم ذلك ولا يعلم انه سرق له شيء ولا أحرق له منزل ولا أصيب بشئ

(فصل) وانما ثبت فلسه بحكم الحاكم بذلك وانما يحكم الحاكم بذلك بعد أن يثبت عبده ما يوجب ذلك فيمنعه من التصرف في ماله ويحجر عليه فيه حتى يقسمه بين الغرماء ويعجل ما عليه من دين مؤجل ومن وجد سلعته كان أحق بها وهذا معنى تفليسه ولا يخلو أن يكون حاضرا أو غائبا فان كان غائبا وله مال حاضر فقام غرماءه عليه ليفلس لهم فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن وهب عن مالك أن ذلك لهم وروى ابن القاسم في العتبية والواخعة ان كانت غيبة قريبة فيكتب اليه ويكشف عن أمره ليعرف ملاءه من عدمه وان كان بعيد الغيبة فلا يخلو أن يعرف حاله في العدم واليسار أو يجهل ذلك فان جهل ذلك فلسه ورواه ابن المواز عن أشهب وابن القاسم وان عرف يساره فقال ابن القاسم لا يفلس وقال أشهب يفلس وجه قول ابن القاسم ان هذا معروف الملاءة فلا يفلس أصل ذلك اذا كان حاضرا ووجه قول أشهب ما احتج به من ان مال الغائب البعيد الغيبة لا يقضى منه دين ولا يعرف ما يبدل عليه فلا يمنع ذلك افلاسه (فرع) فاذا قلنا برواية مطرف وابن وهب انه يفلسه الحاكم ويقضى ديون الحاضرين ويحاصوا بما علم انه عليه لغائب ولا يؤخرون لاستبراء ما عليه لان ذمته باقية وأما الميت فان ذمته قد ذهبت فلذلك يستأنى بهم اذا كان معروفا بالدين ورواه مطرف وابن وهب عن مالك (مسئلة) فان كان حاضرا فلا يخلو أن يريد جميع غرمائه تفليسه أو بعضهم فان أراد ذلك بعضهم فان للقائم تفليسه وسجنه ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان أراد بعضهم ذلك (٢) ووجهه ان ذلك حق للطالب فلا يبطل باسقاط غيره عنه مثل ذلك الحق كما لو وهب بعضهم دينه لم يلزم غيرهم أن يهبه دينه أيضا ولن أي تفليسه أن يحاص القائم في مال المفلس ويقر بيد المفلس ما كان له بالخاصة وليس للقائم أخذ ذلك منه في دينه ورواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن تفليسه يقتضي تحاص غرمائه في ماله فنأقر حصته بيده فهو بمنزلة من

استأنف معاملته بعد التفليس لم يكن للغرماء أخذ ما عامله به من المفلس (مسئلة) وهذا اذا قام من اقرار حصته بيده وطلب المحاصة وأما من أمسك عن الطلب وعلم بالتفليس وتهاشم الغرماء ماله وهو حاضر فقد روى عيسى عن ابن القاسم في العتية انه ان قام بعد ذلك فلا شيء له الا ان يكون له عذر في تركه القيام أو يكون له سلطان ووجهه انه اذا علم بذلك وأمسك عن الطلب مع عدم العذر فالظاهر انه راض بذلك ومسوغ له حصته من ماله رضا بطلب ذمته مع خرابها أو رفقابه قال مطرف وابن الماجشون وذلك بمنزلة سكوتها عما عتق المفلس ثم يريد القيام به والله أعلم (مسئلة) ويصح ذلك من تفليسه بحكم الحاكم قال واذا قام غرماء فأكتمهم من ماله يتبعونه ويقتسمونه ففي العتية من سماع ابن القاسم انه بمنزلة تفليس السلطان ووجه ذلك انه حكم لا يتعدى المفلس وغرماءه فاذا اتفقوا عليه ثبت بينهم ومعنى ثبوت الحكم بينهم أن يكون من عامله بعد التفليس أحق بيده من فلسه وأخذ حصته مما كان بيده رواه أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم (مسئلة) وهذا اذا وجدوا له مالا محاصوافية فان لم يجدوا له شيئا فتركوه فتدبر بعد ذلك فليس هذا بتفليس قاله ابن القاسم في العتية قال ولو بلغوا به السلطان ففلسه لكان هذا تفليسا لانه قد بلغ من كشف حاله مالا يبلغه غرماءه ولو علم ان غرماءه يبلغون من ذلك مالا يبلغه السلطان رأيت بتفليسا ولكن لا آخذ به خوف أن لا يبلغوا ذلك وقاله أصبغ (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففيه خمسة أبواب * الباب الأول في حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده * والباب الثاني في حكم مالا ينزع من ماله ولا يحجر عليه * والباب الثالث في حكم ما يحجر عليه من ماله قبل البيع وبعده * والباب الرابع في ديون المفلس بعد التفليس * والباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة

(الباب الأول في حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده)

أما اقرار المفلس وبيعه لماله وقضاؤه عن بعض غرمائه ففي كتاب ابن حبيب فحين أحاط الدين بماله ان قضى بعض غرمائه أو رهن فقد اختلف فيه قول مالك فقال يدخل في ذلك باقي الغرماء وقال لا يدخلون وذلك ماض قال ابن القاسم وعلى هذا جماعة الناس وجه القول الأول انه محجور عليه في ماله ولذلك لا يجوز له عتق بغير اذن غرمائه فأشبهه الذي قد حكم الحاكم بتفليسه أو المريض فقد قال أصبغ في العتية ان المريض المخوف عليه لا يقضى بعض غرمائه دون بعض وان كان غير مخوف لم يحجر عليه القضاء في ماله ووجه القول الثاني انه ليس بمحجور عليه لان بيعه جائز وكذلك قضاؤه دين البيع وانما يمنع من اتلاف ماله على غير وجه المعاوضة كالهبة والعتق (فرع) قال ابن القاسم واذا فطن المقتضى باستغراقه وبادر الغرماء فهو أحق وهذا ما لم يكن الغرماء قد تساوروا كلهم في تفليسه ولم رفعوه بعد خالف بعضهم اليه فقضاه قال ابن القاسم قال يدخل معه سائر الغرماء وقال أصبغ لا يدخلون معه وجه قول ابن القاسم انهم اذا تساوروا في تفليسه فقد اتفقوا على التماس في ماله وذلك يقتضى اشتراكهم فيه فن اقتضى منهم شيئا شاركه فيه الآخرون كالأول باعوانه بعقد واحد وجه قول أصبغ انهم لم ينقدوا ذلك فلم يوجد الاشتراك بينهم وانما يحصل الاشتراك بانفاذ التفليس والحجر عليه فيما بيده والله أعلم (مسئلة) والتفليس الذي يمنع قبول اقراره فياروى ابن المواز عن مالك أن يقوم عليه غرماءه على وجه التفليس قال محمد بن يدرج والوايني وبين ماله وبين البيع الفاسد والشراء والأخذ والاعطاء فانه لا يقبل اقراره حينئذ بدليل قال احمد بن ميسر ما كان قائم الوجه منبسط اليد في ماله فانه يجوز اقراره الا انه اذا خاف من قيام الغرماء فافرن يتهم عليه من

والدأو ولد فاره فاسدا وبطل اقراره قال وليس كذلك اقراره للاجنبيين والله أعلم (مسئلة)
 وإذا أقر الرجل بمال فلا يخلو أن يكون ديون غرمائه بغير بينة أو بآبنة بينة فان كانت انما هي باقرار
 فيجوز ذلك لمن أقر له في ذلك المجلس و بلفظ واحد أو قرب بعض ذلك من بعض قاله مالك في كتاب
 محمد ووجه ذلك أن ما ثبت به دينهم بسبب واحد فلم يرد بعض ذلك دون بعض وإذا أقر لقوم ثم استأنف
 بعدمدة أو في مجلس واحد لغيرهم فانه لا يثبت اقراره للآخرين لان الدين الاول قد حجر عليه بسببه
 فلم يكن له أن يقر بما يدخل النقص عليه كالمثبت بينة وروى ابن حبيب عن ابن القاسم إذا أقر المفلس
 لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه ولا عليه بينة لغرمائه فان المقر له يحاص سائر غرمائه (مسئلة) وأما
 ان كان الدين الاول ثبت بينة فانه لا يجوز اقراره لمن يثبت دينه من الغرماء في وقت الحجر عليه لانه
 يدخل نقصا على من ثبت دينه بالبينة بمجرد قوله وذلك غير جائز لان من حجر عليه في البيع والشراء
 والأخذ والاعطاء فقد حجر عليه في الاقرار كالسفيه وفي كتاب محمد وقد كان من قول مالك ان من أقر
 له المفلس ان كان يعلم منه تقاضيه ومداينة وخلطة فانه يحلف ويحاصص من له بينة ووجه هذا
 القول أن الحجر عليه غير ثابت لانه مأخوذ بهذا الاقرار ويتعلق بذمته ما تقدم من المخالطة له فيه
 فوجب أن يحاص به وأما السفيه فان ما أقر به غير متعلق بذمته فلذلك لم يؤثر اقراره قال ابن حبيب
 عن ابن القاسم سواء كان اقراره لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه فانه غير جائز اذا كان للغرماء بينة وهذا
 اذا كان الدين الثابت بالبينة وقد أحاط بماله فان لم يحط بماله جاز اقراره لمن أقر به قاله مالك في
 الموازية احم لذلك بان من ثبت دينه لم يكن له تفليس والحجر عليه فجاز اقراره كسائر المتصرفين
 (مسئلة) وهذا حكم اقراره بالدين وأما أن يقول لبعض ما يئده هذا قراض أو ودعة ففي العتية
 من قول ابن القاسم لا يصدق المفلس في ذلك كما لا يصدق في الدين وبه قال أشهب ووجه ذلك انه
 اقرار يدخل على الغرماء النقص فلم يجز كالاقرار بالدين كما لو قال له في مالي ودعة أو قراض ولم
 يعين فان أصبح قال لا يجوز اقراره وقال أصبح يقبل قوله في الاقرار بالودعة والقراض وان
 لم يكن على أصل ذلك بينة قال لانه اقرار بامانة ولم يقر بدين رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتية
 زاد أصبح وذلك اذا أقر بمن لا يتهم عليه

(الباب الثاني فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء في ديونهم)

في العتية من رواية ابن القاسم عن مالك يترك له ما فيه نفقة له ولا له ولعيا له وكسوة له ولا له وفي
 كسوة زوجته شك وقال سحنون في العتية يترك له قدر نفقته وكسوته ولا يترك له كسوة زوجته
 قال ابن القاسم يترك له لبسه الا ان يكون فيه فضل عن لباس مثله قال ابن القاسم في العتية يترك له
 ما يكفيه هو وزوجته وولده الصغير الأيام وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك قدر الشهر
 وروى ابن المواز عن أصبح ان كان الذي يوجد له قدر نفقته شهرا أو نحوه فليترك له يعيش به ووجه
 ذلك ان ما يختص به من لباسه لا يمكن أن يعرى منه لما في ذلك من هتك ستره وكشف عورته فيترك
 له منه ما يكفيه مجاز عاداته بمثله لان هذا القدر لا يعاوض عليه وكذلك نفقة الأيام لنفسه ولبنيه
 الصغار الى ان يتسبب في وجه نفقته لان اسلامه للهلاك دون فوت غير جائز وكذلك اخراجه عن
 عادة مثله وأما كسوة الزوجة فتوقف فيها مالك وصرح سحنون بانها لا تترك لانها انما تصير اليها على
 سبيل المعاوضة ولها كسوة سواها مما يملكها وهي مما يطول بقاءه ويدوم الانتفاع به كالنفقة التي
 تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وما عدا ذلك من الحيوان

والأثاث والدور والأرضين والعروض فتتعلق حقوق الغرماء به ويبيع ذلك عليه وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يستأنى في بيع ربه بسوق الشهر والشهرين وأما الحيوان فالمدة اليسيرة وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعاً ومعنى ذلك والله أعلم لما يلزم من الاتفاق عليه مع تسرع التغير اليه (مسئلة) وصفة يبيع بالخيار ثلاثاً طلباً للزيادة واه مطرف عن مالك وقاله ابن القاسم وسخنون وانما معنى ذلك انه بما توقف الناس عن الزيادة الا عند توقع امضاء البيع واذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثاً ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها فلا يؤخرها (مسئلة) ويبيع على المفلس سريره وقبته ومصحفه وخاتمه قاله مالك واختلفوا في بيع كتبه فقال مالك في الموازية لاتباع عليه كتب العلم قال وكان غيره من أصحابنا يجيز بيعها في الدين وغيره وانما هذه المسئلة مبنية على جواز بيعها فان مالكا منع من بيعها في المدونة وغيرها لان طريقها النظر وليس بمقطوع بصحتها وجوز بيع المصحف لصحة ما فيه وقد أباح بيعها الجمهور وقال محمد بن عبد الحكم بيعت كتاب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون فيها أنكرها وذلك (مسئلة) ولا تؤجر أم ولد المفلس ويؤجر مديره وتباع كتابه مكتبه قاله مالك في الموازية ووجه ذلك أن أم الولد انما يقي لها فيها الاستمتاع وذلك مما لا يباع ولا يوهب وأما المدر فان خدمته للمفلس وهو يعود ما لا يجازان يباع ذلك عليه وكذلك كتابة مكتبته حتى مؤجل يطلب به المكتب ويصح بيعه فتعلق به حق الغرماء أصل ذلك ما سلم فيه من العروض (مسئلة) ولا يجيز المفلس على اعتصار ما يوهب لولده ولا على الاخذ بشفعة له فيها فضل قاله مالك في الموازية ووجه ذلك أن هذا ملك ولا يجبر على ابتداء الملك بالقبول كما لا يجبر على قبول هبة توهب له أو وصية يوصى له بهار واه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية في الصدقة ولو بذل له رجل السلف والعون لم يجبر على قبول ذلك رواه أصبغ عن ابن القاسم (مسئلة) وان ورث أباه فالدين أولى به ولا يعتق عليه الا ان يفضل منه شيء عن الدين فيعتق ولو وهب له لعتق ولا شيء فيه للغرماء رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتية قال لأنه لم يوهب له ليعتقه الغرماء وانما قصد بذلك العتق (مسئلة) والمرأة المديانة تفلس حتى تزوج فليس لغرمائها أخذ مهرها في دينهم الا أن يكون الشيء الخفيف كالدينار ونحوه فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها وتبقى بلا جهازها قاله ابن القاسم في العتية ووجه ذلك ان حق الزوج متعلق بالجهاز وعلى ذلك أمره وقد تقدم بيانه في النكاح (مسئلة) واذا رهن الرجل دين فزعم في جارية انها أسقطت منه روى عيسى ومحمد بن خالد عن ابن القاسم لا يصدق الا أن تقوم بذلك بينة من النساء أو يكون قد فشا هذا قبل ادعائه أو كان يذكر ذلك والا بيعت للغرماء

(الباب الثالث في ضمان ما يتخاص فيه الغرماء من ماله)

المال لا يخلو أن يكون عينا أو غير عين فان كان عينا فاما أن يكون قد أوقف لذلك أو يبيع له بعض ما وجد له فروى ابن القاسم عن مالك أن ضمانه من الغرماء رواه عنه ابن وهب ومطرف وروى أشهب عن مالك أن ضمانه من المفلس ووجه ذلك أنه على الصفة التي يصح القضاء فيها ولا يحتاج الى القسمة ولذلك كانت من ضمان الغرماء وهذا يصح اذا كانت الديون عينا وكان ما وجد عنده من العين مثله في صفته فأما ان كان دينه عرضاً فقد قال يتخاص بقيمته ويشترى له بذلك مثل عروضه فالذي يحاص به العين فلذلك يصير ضمانه لأنه من حيث لا تفرد بملكه ومن أجله نقل الى

تلك الصفة ان كان يبيع به عرض واذا كان ماله طعاما والدين الذي عليه طعاما فيجب على قول ابن القاسم أن يكون من ضمان الغرماء لأنه على الصفة التي يستحقونها وانما وقف للقسمة بينهم فكان ضمانه منهم (مسألة) واذا لم يكن عينا وقف للبيع فالذي روى ابن القاسم عن مالك ان ضمانه من المفلس وروى ابن الماجشون عن مالك ان ضمانه من الغرماء فعلى هذا رواية ابن القاسم عن مالك الغرماء يضمنون العين والمفلس يضمن غيره ورواية أشهب ان المفلس يضمن الجميع حتى يقتسمه الغرماء ورواية ابن الماجشون أن الغرماء يضمنون ذلك كله لما احتج به من انه لم وقف وبسببهم منع ووجه رواية ابن القاسم ان ما كان من جنس حقوق الغرماء فضمانه منهم لانه لم يبق للمفلس به تعلق لأنه من جنس حقوقهم ووجه رواية أشهب ان حق التوفية بقي فيه فكان ضمانه من المفلس قال ابن الموز وقد قال ابن القاسم فلو اشترى من العين سلعة بعد التوقيف لمن ربحها فقال للمفلس يقضى منه دينه قيل له فكيف ربحه له وضمانه من الغرماء فسكت

(الباب الرابع في حكم المحاصة)

أما حكمها فانه ينظر الى كل دين عليه مؤجل أجله بالمفلس ويخاص صاحبه لغرمائه * قال مالك لان الفليس معنى يفسد الذمة فاقضى حلول الديون كالموت وماله من دين مؤجل فانه يبقى الى أجله ويباع لغرمائه بما يجوز أن يباع به لأن خراب الذمة لا يوجب حلول الديون التي لها وانما يوجب حلول الديون التي عليها تكراها بالموت (مسألة) اذ ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون ما عليه من الديون متائلا كالعين والمكيل والموزون أو غير متائل فان كان متائلا وكان جميعه عينا صير ماله عينا ويقاسمه الغرماء بان يعلم مال الكل واحد منهم فيجمع ثم ينظر كم مقدار ما وجد له من المال مما عليه من الدين فان كان النصف أخذ كل غريم نصف ماله من الدين وأتبعه بالباقي في ذمته متى أيسر (فرع) وان كان عليه ثياب وعليه مثلها قال محمد بن عبد الحكم يدفع فيها له عليه قال الشيخ أبو محمد يريد ان أصابته بالمحاصة قيمتها وان كان ما عليه من الدين كقطع أو غيره من المكيل أو الموزون فقد قال محمد بن عبد الحكم اذا كان ماله طعاما وعليه مثله دفع الى غرمائه يريد والله أعلم يتخاصون فيه على ما تقدم لأنه من جنس ما لهم كالعين (مسألة) فان كان ماله دراهم وعليه دنانير أو كان ماله دنانير وعليه دراهم فقد قال محمد بن عبد الحكم لا يصرفها الا أن يصرفها من الغرماء بما تسوي برضاهم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندى انه مما يقرب من دين الغرماء ويجمع اليه في الزكاة فلا يكون حكمه حكم الحيوان والثياب في لزوم بيعها وان أراد الغرماء أخذها فاحصوا فيها بصرفها (مسألة) وان كان ماله عرضا فاشترى بعض الغرماء شيئا مما يبيع عليه حوسب به فيما يقع به من المحاصة

(فصل) وان كان ما عليه من الدين غير متائل مثل أن يكون له عليه عرض مختلفة الاجناس حيوان وعين فقد قال مالك في كتاب محمد انه من أفلس وعليه عرض وحيوان أسلم اليه فيها فان المشتري يخاص بقيمة ذلك فما حصل له من القيمة اشترى له به ما شرطه وفي العتية من سماع عيسى عن ابن القاسم أنه ان كان له طعام من سلم حاص بقيمة فما أصابه بذلك يشترى له به مثل طعامه ما بلغ ولا يجوز أن يأخذ ما أصابه من القيمة ثمنا ولو كان السلم في وصيف فدفع له ما يشترى به نصف وصيف خيرا أن يشترى له نصف وصيف ويتبع المفلس بنصف وصيف اذا أيسر وبين أن يترك حتى يسر صاحبه فإذا خدمه وصيفا كاملا وليس له أن يأخذ هذه الدنانير ويتبعه بنصف وصيف أو يهبه

مابق الآن يكون ماأصابه مثل رأس ماله فأقل فيكون اقاله جائزة قال الشيخ أبو محمد يرد في غير الطعام المسلم فيه (فرع) والاعتبار في القيمة بقيته يوم المحاصة رواه عيسى عن ابن القاسم وقاله مالك في كتاب محمد ووجه ذلك ان ماله من الدين قد حل وان كان مؤجلاً فأناله قيمته ذلك اليوم لانه وقت القضاء (مسألة) اذ اثبت ذلك فانه يشترى له بتلك القيمة مثل الذي له عليه فان تأخر الشراء حتى غلا سعره أو رخص فانه لا تراجع فيه بينه وبين الغرماء وأما التكاسب بينه وبين المفلس ففي زيادة ذلك أو نقصانه ووجه ذلك أن بالقسمة قد اختص كل واحد من الغرماء بما صار له بالقسمة وصار ذلك مختصاً به فزيادته ونقصانه لا يتعلق بسائر الغرماء (مسألة) واذا اشترى من ماله من السلم اعتبر في ذلك الصفات التي اشترطها في السلم فان كان وصف الطعام بأنه جيد فقد قال محمد بن عبد الحكم يشترى له أدنى ما تقع عليه الصفة وقد قيل أو وسط تلك الصفة ومعنى ذلك ما يوزن المسلم اليه من تلك الصفة مع التشاح والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة)

وأما ما تقع فيه المحاصة فهو كل دين ثابت قبل لزومه وقد قال مالك للمرأة أن تحاص غرماء الزوج بصدقاتها وما بقي منه رواه ابن حبيب وغيره عنه وهذا اذا كان قد بنى بها فان لم يبن بها ففي كتاب ابن المواز انها تتحاص بجميعه لانه حق تعلق بذمته له اسقاط بعضه بطلاقها وله اثباته باستدامة نكاحها فان طلقها بعد الدخول فلا تأثير لطلاقها في مسئلتنا هذه وان طلقها قبل الدخول فلا يخالو أن يكون لم يدفع اليها شيئاً من الصداق أو يكون قد دفع اليها جميعه أو بعضه فان كان لم يدفع اليها شيئاً من الصداق حاصت الغرماء بما وجب لها منه وهو نصفه وان كان قد دفع اليها جميعه كان لها نصفه والنصف الثاني دين لها عليه تحاص به الغرماء وان كان دفع اليها نصفه ففي كتاب ابن المواز والعقبة من رواية أصبغ عن ابن القاسم في المطلقة قبل البناء وقد كان نقدها خسين وبقى لها خسون مؤخرة وفلس الزوج فلترد نصف النقد وتحاص الغرماء فيما ترد بنصف المهر قال ابن حبيب وهذا اذا طلقها بعد أن أفلس فأما لو طلقها وهو قائم الوجه فقد أوجب لها ما أخذت وتستحقه قبل فلسه فلا يؤخذ منها شيء وأما ان طلق بعد الفلوس فجواب ابن القاسم صحيح وهذا الذي قاله محمد فيه نظرو يجب أن يعتبر ومعنى آخر وهو أن يكون نقدها قبل الطلاق أو بعد الطلاق فان كان نقدها قبل الطلاق على وجه استدامة النكاح فهذا انما ساعه اليها على أنه جزء من جميع صداقها فان طلقها بعد ذلك في حال فلسه كان ما قاله ابن القاسم من التراجع وكذلك لو طلقها قبل الفلوس فلم ينتجز بينهما في ذلك شيء فلا محاصة لان للزوج أن يرجع عليها بنصف ما دفع اليها من المعجل وبقى نصف المؤجل الى أن يجيء أجله وأما ان تقاصا في ذلك ورضى الزوج بترك الرجوع عليها في المعجل فذلك على ما قاله ابن المواز لا يرجع عليها بشيء ولا يرجع هي بشيء لانه لم يدفعه اليها على أنه جزء من صداقها ولا أنه حق لاستدامة النكاح في المستقبل وانما دفعه اليها على أنه جميع ما قد استحققت عليه فهو بمنزلة أن يكون قضاها ديناً لها عليه من معاملة لم يبق له عليها من سببها شيء والله أعلم (مسألة) ولو صالح الرجل زوجته بعشرة دنانير الى شهر فأفلس حاص الغرماء بها قاله مالك في الموازية لانه دين ثابت له عليها قد استوفت ما عاوضت به عنه كما لو باعها ثوباً قبضته (مسألة) والمطلقة الحامل لا تضرب بنفقة الحمل مع الغرماء وكذلك الزوجة في العصمة لا تضرب بنفقتها مع الغرماء رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك انه معاوضة عن دين لم يقبض بعد أو نفقة على ولد وذلك مما لا يحاص به الغرماء لان ديونهم قد تعلق بذمته واستوفى

أعواضها وأما الزوجة تنفق على نفسها في غيبة الزوج فإن كان دون أن يرفع أمرها إلى السلطان لم
يخاص به الغرماء فإن كان ذلك بعد أن رفعت إلى الإمام فأنها تضرب به في الفلس وهل تضرب به في
الموت قال ابن القاسم اختلف فيه قول مالك فيه فقال مرة تخاص به في الموت كالفلس وقال مرة
تخاص به في الفلس دون الموت واختار ابن القاسم القول الأول ووجهه أنه ثابت لازم لذمة لمعنى
ماض قد استوفاه تجب المحاصة به في الفلس فوجبت المحاصة له في الموت كسائر الديون ووجه القول
الثاني أن ما طريقه النفقات ضعيف لأنها تسقط بالأعسار جلة ولا تتعلق بذمة ولذلك لا يخاص بها
وان كانت قد لزمت وثبتت أسبابها (مسئلة) وأما نفقة الولد فقال ابن القاسم لا يضرب بنفقة في
موت ولا فلس وقال أشهب الولد كالزوجة وجه قول ابن القاسم أنها نفقة لا تجب إلا مع اليسار فلا
يخاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة ووجه قول أشهب أن نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير
حكم كما إذا كانت لا ماض لا ماض في وقت يلزم الأب النفقة وجب أن يخاص بها كنفقة الزوجة
(فرع) فإذا قلنا بقول أشهب فقد قال أصبغ من أنفق عليهم من أم أو أجنبي بأمر سلطان أو بغير أمره
والأب يومئذ ملئ فإنه يضرب بهما في الموت والفلس فإن كان الأب يوم الانفاق معسرا فلا شيء للمنفق
(مسئلة) وأما نفقة الأبوين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك أن نفقة الأبوين لا يضرب
بهما في موت ولا فلس قال أصبغ الآن تكون نفقة الأبوين قد دبرت بحكم أو تسلف وهو ملئ يومئذ
فأنها تضرب بهما في الموت والفلس ووجه قول مالك يحتمل أن يريد به النفقة المستقبلية وإن كان أراد
بها الماضية فإن وجه ذلك أنها على وجه الصلة فاشبهت الهبة التي لم تقبض ووجه قول أصبغ أنه حق
ثبت بحكم كما استقر في ذمته فوجب أن يضرب به في ماله كسائر الديون (مسئلة) والمسجون
في دين أمر أنه أو غيرها ليس له أن تكون معه أمر أنه ولا أن تدخل عليه لأنه سجن للتضييق عليه فإذا
لم تمنع لذته لم يضيق عليه قاله سحنون ولو سجن الزوجان في حق لم يمنع أن يجتمعا إذا كان السجن
خاليا ولو كان فيه رجال ونساء حبس الزوج مع الرجال وحبست المرأة مع النساء ووجه ذلك أنهما
مسجونان فلم يقصد لكونها معه إدخال الراحة عليه والرفق به وإنما قصد بذلك استيفاء حق على كل
واحد منهما فإذا وجب السجن عليهما لم يمنع الاجتماع لأن التفريق ليس بمشروع وقد روى عن
محمد بن عبد الحكم لا يفرق بين الأب والأبوين ولا غيرهما من القربات في السجن (مسئلة) ولا
يمنع المحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه ولا ممن يخدمه وإن اشتد مرضه واحتاج إلى أمة تخدمه وتباشر
منه ما لا يباشر غيرها وتطلع على عورته فلا بأس أن يجعل معه حيث يجوز ذلك ومن كتاب ابن
سحنون ووجه ذلك أن منعه مما تدعو الضرورة إليه يفضي به إلى الهلاك وإدخال المشقة العظيمة
والعنت عليه وذلك غير لازم في حقه (مسئلة) ويمنع المسجون من الخروج إلى الجمعة والعيد
ولا يخرج لحجة الإسلام ولا غيرها ولو أحرمت بحجة فرض أو نذر أو بحجة حنت بها أو بعمره ثم قيم
عليه بأن حبس لم يكن له أن يعمل ويبقى على أحواله من كتاب ابن سحنون ووجه ذلك أن هذه من
حقوق آدميين فليس له إسقاطها بالعبادة لا يفوت وقتها قال ولو ثبت ذلك عليه الدين يوم نزوله بمكة
أو منى أو عرفة وهو محرم استحسن أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ثم يحبس بعد النفر
الأول واستحسن إذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخته أو أخيه ومن يقرب من أقر بائه وخيف عليه
الموت أن يخرج فيسلم عليه ويؤخذ منه كفيل بالوجه ولا يفعل ذلك به في غيرهم من قرايته روى ذلك
كله ابن سحنون وهذا سائغ لمن قال من أحبا بنا بالاستحسان فأما القياس والنظر فالمنع من ذلك

ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان منع ذلك كله وهو الصواب عندي والله أعلم
(فصل) وقوله أجمار رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده
بعينه فهو أحق به جل مالك والشافعي هذا اللفظ على وجهه وقالوا بذلك في البائع المفلس يجده متاعه
فانه أحق به من سائر الغرماء وقال أبو حنيفة لا سبيل له اليه وهو أسوة الغرماء فيه وحديث ابن شهاب
ويحيى بن سعيد في هذا الحكم حجة عليه والحديث الأول حديث ابن شهاب من مر أسيل أبي بكر بن
عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وهو بما اتفق على القول بها المالكيون والحنفيون على أنه قد
أسنده عبد الرزاق عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي
هريرة وحديث يحيى بن سعيد مسندوه ونص في موضع الخلاف ودليلنا من جهة المعنى ان فلس
المبتاع بفن المبيع مع بقاءه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ ويجعله
أحق به ان شاء أصل ذلك قبل القبض (مسئلة) اذ ثبت ذلك في هذا ثلاث مسائل احدها بما اذا
ثبتت السلعة للبائع والثانية فيما ثبتت فيها لصاحبها والمسئلة الثالثة فيما ثبتت فيها للغرماء فأما المسئلة
الأولى فيما ثبتت فيه السلعة للبائع وأما يقوم له بذلك بينة فان لم تقم له بذلك بينة وقال المفلس هي له في
كتاب محمد اذا كان على الحق بينة فقال عند التفليس هذا متاع فلان فقليل يكون أولى به من الغرماء
زاد ابن القاسم في العتبية يحلف بائع العبد ويكون أحق به ولم يذكر أن تقوم بينة بأصل الحق قال ابن
المواز انما يكون ذلك اذا قامت بأصل الحق بينة على اقراره بذلك قبل الفسخ وروى عيسى عن ابن
القاسم عن مالك ان اقراره لم يضر بذلك ثم يغير بينة ولعل هذا في الصنع والخلاف فيه واحد فيحتمل
أن يفرق بينهما بان الدين متعلق بالذمة فلا يتغير في غيرها الابينة والصنع لا يتعلق ما سلم اليهم بذمتهم
وانما يضمنونه ان ضاع على وجهه ما وقيل اذا لم يعين الشهود ذلك وانما شهدوا على اقراره بعد أو
سلعة لم يعينها فلا يقبل قوله في تعيينها بعد التفليس وجه القول الأول انه اذا قامت بينة بأصل الحق
وافترق بذلك اقرار المفلس له بالعين فانه يقوى حجة البائع لاسيما وليس هناك من يكذب قوله فكان
القول قوله مع يمينه والله أعلم ووجه القول الثاني أن البائع مدع في تعلق حقه بعين المبيع ولا يقبل
منه ذلك الابينة (فرع) فاذا قلنا بالقول الثاني ففي كتاب ابن المواز يحلف الغرماء على علمهم
فان نكلوا حلف البائع وأخذها ووجه ذلك ان البينة لما زمت وعجز عنها حلف الغرماء على ما يعامون
صدقه فيما يقول ويكونون أحق بعين العبد فان نكلوا ردت اليمين عليه وحلف انه العبد الذي باع منه
وكان أحق به (مسئلة) اذ ثبت ذلك فان الذي ثبت فيها لصاحبها انه بالخيار بين أن يأخذ سلعة
بعينها وبين تسليمها ويحاص الغرماء بثمنها سواء زادت أو نقصت قاله في العتبية والموازية ابن القاسم
ورواه ابن حبيب عن مالك وقال الشافعي ليس له السلعة ولا سبيل له الى المحاصة بثمنها والدليل
على ما نقوله ان السلعة قد ملكها المفلس بالشراء بثمن تعلق بذمته فلما غابت ذمته ودخل الثمن
النقص كان للبائع الخيار بين أن يرد البيع ويرجع بسلعته وبين أن ينقده ويحاص بمائته له من
الثمن وليس في الافلاس معنى يفسخ به البيع حتى لا يكون للبائع السلعة (مسئلة) وأما الذي
يثبت فيه للغرماء فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ان للغرماء أن
يدفعوا اليه جميع ثمنها قال ابن الماجشون ولم أن يدفعوا اليه الثمن من أموالهم أو من أموال
المفلس وقال ابن كنانة ليس للغرماء أن يفسدوها بأموالهم ولكن يفسدوها بثمنها في مال المفلس ان
كان له مال وقال أشهب ليس للغرماء أخذها بالثمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يحطون بها عن

المفلس من دينهم وتكون لهم السلعة لهم نماؤها وعليهم توافها وفي هذا بيان أحدهما في وجه تصير الملك إلى المفلس فيكون المصير أحق بها والثاني في الأموال التي يثبت الحكم فيها فأما الباب الأول فبأي وجه صارت السلعة إلى المفلس من وجوه المعاوضة فإنه يكون من صيرها إليه أحق بها فنأخذ من أمثلة ما عبيدا أو سلعاً قبضتها ثم أفلسنا وقد طلقها الزوج قبل البناء فقدرى عن ابن القاسم الزوج أحق بنصف ما وجد من ذلك ووجه ذلك أن هذا عقد معاوضة فكان هذا حكمه حكم البيع (مسئلة) ومن وهب لثواب فتغيرت عند الموهوب ثم فليس فإن الواهب أحق بها كالبيع رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقاله ابن القاسم عن مالك قالوا الآن يعطيه الغرماء قيمتها ووجه ذلك ما قدمناه من أنه عقد معاوضة (مسئلة) ومن اشترى من الغازي شيئاً من المغنم ثم فليس فأهل المغنم الذين باعوه أولى بما زاد على قدر سهمه من الغرماء رواه ابن المواز عن أصبغ إلا أنه شرط في ذلك شرطاً قال وذلك إذا كان شراؤه منهم خاصة بمقدار ماصار له ولم دون الجيش والحق ثابت عليه لم يحصل به بعضهم بعضاً عليه فأما إن حبل عليه بما زاد على حقه فالمحال أسوة الغرماء إذا احتال وكذلك إذا لم يشتر من قوم بأعيانهم إذ ليست بسلع لقوم معينين إنما هي غنائم يبيعها السلطان للخمس والجيش والمحيل ليس ببائع وإنما أحيل بدين فهو وغيره سواء قال ابن المواز لأدري من أين قال أصبغ وإدعى أن يكون المحال يقوم مقام من أحله سواء يكون أحق بما زاد منهم على سهمه على ما كان اشترى يوم الشراء (مسئلة) وأما من اشترى سلعة ثم فاسد فأفلس البائع ثم فسخ البيع قال سحنون في كتاب ابنه المبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفي ثمنها وقال ابن المواز لا يكون أحق بها وقال ابن الماجشون إن كان اشتراها بنقد فالمبتاع أحق بثمنها حتى يستوفي حقها وإن اشتراها بدين فهو أسوة الغرماء قال ابن المواز وذلك سواء إلا أن يجد ثمنها بعينه فهو أحق به ووجه قول سحنون أنه لما كان قبضها قبضاً يملكه كان كالرهن بيده فهو أحق بثمنها حتى يستوفي ماله فيها ووجه قول ابن المواز إن البائع إنما يكون أحق بعين سلعته التي سلم لا بما سلم إليه فإن ذلك يكون فيه أسوة الغرماء (مسئلة) ومن اشترى سلعة ففرد بها بغير ثم أفلس البائع فوجد المبتاع السلعة بعينها ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم لا يكون الرد أحق به وأشار ابن المواز إلى أنه إنما يكون أحق بما دفع في السلعة المبيعة إن وجهه بعينه ووجه ذلك أن الرد بالعيب ليس بمعاوضة وإنما هو نقض للبيع والله أعلم

(الباب الأول في وجه تصير الملك إلى المفلس فيكون المصير أحق بها)

وأما ما يثبت ذلك فيه من المبيعات فذلك ثابت في كل سلعة تعرف بعينها وإن كانت مما لا يعرف بعينها فإذا ثبت أنها هي سلعة بعينها ففي المدونة من رواية ابن وهب عن مالك فممن اشترى زيتاً فخلطه بزيتة ثم أفلس فإن للبائع أن يأخذ زيتة لأنها سلعة معينة فكان البائع أحق بها في فلس المبتاع لأنه لم يحدث فيها عند المبتاع غير مزجها بما هو مثلها وذلك غير مؤثر في إخراجها عن ملكه ألا ترى أن خلط الرجل ملكه بملك غيره لا يخرج عنه ملكه ويبعه بخبره عن ملكه ثم ثبت وتقرر أن البيع الذي ينقل لا يمنع البائع من أخذ ملكه عند فلس المبتاع فبأن لا يمنع من ذلك المزج أولى وأحرى (مسئلة) وأما الدنانير والدرهم في العتبية من رواية سحنون عن أشهب في قوم أكثر وأبلا ودفعوا الثمن ثم فليس الجمل ووجدت دنانير أحدهم بيد الجمل بعينها أشهد عليها أن دفعها لا يكون أحق بها بخلاف السلعة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك وابن عبد الحكم عن ابن وهب عن

مالك فحين دفع الى صراف مائة دينار قبضها في كيسه ثم أفلس مكانه ليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه ويحتمل عندي أن يكون الجواب الاول مبنياً على أن الدنانير والدرهم لا يتعين والثاني مبنياً على أنها تتعين كالعروض والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به بربان هذا هو الذي حكمه أن يرجع في عين متاعه إن شاء ولا شيء عليه وأما إن كان قبض من ثمنه شيئاً فسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وإن مات الذي ابتاعه فصاحب الحق فيه أسوة الغرماء بربان حكم الموت في ذلك غير حكم الفلوس لانه في فلوس المبتاع البائع أحق بسلعته وفي موت المبتاع البائع أسوة الغرماء وبهذا قال مالك وقال الشافعي صاحب السلعة أحق بها في الموت والفلوس وهما سواء والدليل على ما نقله حديث ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المبتاع فيه أسوة الغرماء والشافعي يقول بمراسيل سعيد بن المسيب وليست بأصح من مراسيل أبي بكر على أنه قد أسنده عبد الرزاق عن مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وعبد الرزاق ثقة ودليلنا من جهة المعنى ما احتج به القاضي أبو محمد من أن حظ تقديمه على غيره من الغرماء بعين ماله لاسقاط حق الغرماء وانفراذه والفرق بين الفلوس والموت أن في الفلوس الذمة باقية يرجع الغرماء اليها وينتظرون الاقتضاء منها وفي الموت تبطل الذمة فيكون ذلك اسقاطاً لحق باقي الغرماء عن مال قد ملكه غريمهم لارجوع لهم منه بشئ والله أعلم (مسئلة) وهذا إذا مات المبتاع قبل أن يوقف للبائع سلعته وأما إن مات بعد ذلك فقد روي في العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك في الفلوس السلطان يوقف ماله ويوقف منه سلعة لباثها منه ثم يموت المبتاع فإن السلعة لباثها إذا وقفها السلطان وإن مات المبتاع قبل أن يوقف له فهو أسوة الغرماء وليس إيقاف المال إيقافاً له وكذلك لو تعلق بها البائع وأراد أخذها في حياة المبتاع وأبى ذلك الغرماء فإنه يكون أحق بها (مسئلة) ومن اشترى سلعة معينة فلم يقبضها حتى مات البائع فالمشتري أحق بها في الموت والفلوس وكذلك لو ابتاع منه طعاماً على الكيل فلم يكتله حتى مات البائع فالمبتاع أحق به لانه ليس في الذمة ص * قال مالك في رجل باع من رجل متاعاً فافلس المبتاع فإن البائع إذا وجد شيئاً من متاعه بعينه أخذه وإن كان المشتري قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنع ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئاً فأحب أن يردده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء وذلك له

* قال مالك في رجل باع من رجل متاعاً فافلس المبتاع فإن البائع إذا وجد شيئاً من متاعه بعينه أخذه وإن كان المشتري قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنع ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئاً فأحب أن يردده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء وذلك له

* قال مالك ومن اشترى سلعة من السلع (٩٢) غزلاً أو متاعاً أو بقعة من الأرض ثم أحدث في ذلك المشتري عملاً بنى

البقعة داراً أو نسج الغزل ثوباً ثم أفلس الذي ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا أخذ البقعة وما فيها من البنيان أن ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشتري ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين في ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان * قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان * قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه إذا دخله هذا ولحق المشتري دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه * قال مالك فأما ما يبيع من السلع التي لم يحدث فيها المبتاع شيئاً الآن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون مساكنها فإن الغرماء يخبرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به ولا ينقصوه شيئاً وبين أن يسلموا إليه سلعته وإن كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذي باعها بالخيار أن شاء أن يأخذ سلعته ولا تباع له في شيء من مال غريمه فذلك له وإن شاء أن يكون غريماً من الغرماء يحصل بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له * ش وهذا على ما قال في هذه المسئلة في الذي يبيع البقعة والغزل فيبني المشتري في البقعة وينسج الغزل ثم يفلس أنما ينظر إلى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيمر واه عيسى عن ابن القاسم في المدنية وقال يقوم جميع البنيان جملة ولا يقوم جداراً أو خشبة خشبة وإنما يقال مائجة هذه الدار مبنية فتعرف قيمتها يقال مائجة البقعة براحاً لا بناء فيها فيكونان فيها شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته وصاحب البنيان بقيمة بنيانه ورواه عيسى عن يحيى عن ابن

فيه ضرورة الشركة لأنه إذا باع منه عبداً ورجع إليه نصف العبد أو ربعه فقد لحقه ضرورة الشركة وذلك غير لازم له فلذلك كان مخيراً بين أن يرد ما قبض ويرجع في سلعته أو يسلمها ويحاص بجميع الثمن الغرماء (فصل) وقوله فإن اقتضى من ثمن المبتاع شيئاً فاحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يجد سلعته كلها وقد قبض بعض ثمنها فإن له أن يرد ما قبض ويأخذ سلعته أو يسلمها ويحاص الغرماء بمائقي له من الثمن والوجه الثاني أن يكون قبض بعض الثمن ووجد بعض السلعة فإن له أن يرد ما قبض من الثمن بقدر ما يجب من الثمن لما وجد من السلعة ويمسك الباقي ويرجع فيما وجد من سلعته ويمسك بما يصيب ما فات من السلع مما كان قبض من الثمن ويحاص بقيته الغرماء قال ابن القاسم فيمن باع ثلاثة أرؤس بمائة دينار وقيمة أحدهم نصف الثمن والآخر ثلاثة أعشار الثمن والآخر خمس الثمن فإنه يفيض المائة على ذلك فإن كان قبض من الثمن ثلاثين ديناراً فضت على الأروء الثلاثة فيصيب الذي قيمته النصف خمسة عشر ويصيب الذي قيمته ثلاثة أعشار تسعة دنانير ويصيب الآخر ستة دنانير فمن مات منهم حسب عليه فيه ما نقص من ثمنه وحاص بمائقي ومن وجد منهم ردماً وقع له وأخذته إن شاء إلا أن يعطيه الغرماء بقيمة ثمنه وحاص بمائقي ووجه ذلك أن ما قبضه من الثمن إنما قبضه عن جميع المبيع فيقبض على ذلك فما أصاب منه ما فات حسب له من ثمنه وحاص الغرماء بقيته وما أصاب منه ما أدرك كان عليه أن يرده ويأخذ عين ماله أو يترك ما أدرك ويحاص بمائقي من ثمنه * قال مالك فممن اشترى سلعة من السلع غزلاً أو متاعاً أو بقعة من الأرض ثم أحدث في ذلك المشتري عملاً بنى البقعة داراً أو نسج الغزل ثوباً ثم أفلس الذي ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا أخذ البقعة وما فيها من البنيان أن ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشتري ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين في ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان * قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان * قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه إذا دخله هذا ولحق المشتري دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه * قال مالك فأما ما يبيع من السلع التي لم يحدث فيها المبتاع شيئاً الآن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون مساكنها فإن الغرماء يخبرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به ولا ينقصوه شيئاً وبين أن يسلموا إليه سلعته وإن كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذي باعها بالخيار أن شاء أن يأخذ سلعته ولا تباع له في شيء من مال غريمه فذلك له وإن شاء أن يكون غريماً من الغرماء يحصل بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له * ش وهذا على ما قال في هذه المسئلة في الذي يبيع البقعة والغزل فيبني المشتري في البقعة وينسج الغزل ثم يفلس أنما ينظر إلى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيمر واه عيسى عن ابن القاسم في المدنية وقال يقوم جميع البنيان جملة ولا يقوم جداراً أو خشبة خشبة وإنما يقال مائجة هذه الدار مبنية فتعرف قيمتها يقال مائجة البقعة براحاً لا بناء فيها فيكونان فيها شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته وصاحب البنيان بقيمة بنيانه ورواه عيسى عن يحيى عن ابن

الذي باعها به ولا ينقصوه شيئاً وبين أن يسلموا إليه سلعته وإن كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذي باعها بالخيار أن شاء أن يأخذ سلعته ولا تباع له في شيء من مال غريمه فذلك له وإن شاء أن يكون غريماً من الغرماء يحصل بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له

نافع وفي المبسوط شرطان أحدهما أن يكون العمل زيادة في المبيع والثاني أن يكون العمل
لا يمتد ذلك أن يبيع جلوداً فيدبغها المبتاع أو نيا ببيعها أو يقصرها فإن البائع يكون له أن يأخذ
سلعته ويشارك الغرماء بقيمتها وروى أصبغ عن ابن وهب أنه قال إن ذلك فوت ثم رجع إلى هذا
وجه القول الأول أن العين قد تغيرت تغيراً لا سبيل أن تعود إلى صفتها الأولى فكان ذلك فوتاً فيها ووجه
القول الثاني أن العين على ما كانت عليه وانماز يد فيها عمل وأضيف إليها معنى كالنسيج (فرع)
فاذا قلنا بالمشاركة فيما يشاركه قال ابن القاسم يكون الغرماء شركاء بقيمة الصبغ وقيمة النسيج في
الغزل وقال محمد بن كيونون شركاء بقدر ما زاد الصبغ وقد قال ابن القاسم في الصباغ يدفع الثوب إلى
ر به ثم يفسر به أن الصباغ يكون شريكاً في الثوب بما زاد فيه الصبغ وجه القول الأول أن
المشتري قد صنع فيه ما يجوز له وأنفق فيه نفقة فيجب أن يشارك بقيمتها لأن الصناعة التي أحدث فيه
المشتري بمنزلة ما أضيف إلى الثوب كالأخطاء الصباغ بثوب ووجه القول الثاني أن الفلاس معنى
يثبت في الخيار في رد الثوب إلى بائعه فوجب أن يشارك بما زادت قيمة الصبغ والعمل كإدخال العيب
(مسألة) ومن اشترى زبداف عمله سحناء وثوباً بقطع قيمته وخشبة فعملها باباً وتابوتاً أو كبشاً فذهب
فقد روى ابن حبيب عن أصبغ أن ذلك كله فوت وليس لبائعه إلا المحاصة بخلاف العرصة تبنى
والغزل ينسج وروى مطرف وغيره عن مالك في الجلود تقطع نعالاً إن ذلك فوت وأما الثياب تقطع
فلا أدري والفرق بينه وبين الغزل ينسج أن النسيج عمل وصناعة معتادة تزيد في القيمة وأما القطع
فيعتبر وهو مما ينقص القيمة في الغالب ولذلك كان فوتاً وكذلك من اشترى قمحاً خلطه ثم أفلس كان
لصاحب القمح أن يأخذ قمحه ولو خلطه بقمح رديء مسوس مغلوث لكان ذلك فوتاً يمنع البائع
من أخذه والله أعلم (مسألة) ومن اشترى تمر حنط في رؤس النخل ثم فلس المبتاع بعد أن ينس
التمر فأراد البائع أخذه بحقه فاختلف قول مالك فيه في العتبية فأجازه مرة ومنعه أخرى وجه القول
الأول واليه ذهب أشهب أنه أخذ عين ماله وانما تبقى الذريعة إلى بيع الرطب بالتمر والزمام ذلك بحكم
ينفي الذريعة وتبعد التهمة ووجه راية المنع واليه ذهب أصبغ أثبات حكم الذريعة وإن حكم بها
حاكم وهذا أصل اختلاف قول مالك واختلاف أقواله وأقوال أصحابه في مسائل تشبه ذلك وبينى
الخلافاً في هذه المسألة أيضاً على أصل آخر وهو اختيار البائع أخذ سلعته إذا فلس المبتاع هل هو
ابتداءً يبيع أو نقض البيع الأول فاذا قلنا أنه ابتداءً يبيع روى فيه من الذرائع ما راعى في عقود
البيع وإذا قلنا أنه نقض بيع لم يحتج إلى مراعاة ذلك والله أعلم وقد اختلف أصحابنا في عسباً بقر ثم
أفلس المبتاع في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم أنه أن يرضى بالعبد ولا شيء له غيره أو يحاص
الغرماء وليس له أن يحاص بقيمته على أنه أن وجده أخذه ورد ما حاص به وهذا مبنى على أنه نقض
للبيع وروى ابن حبيب عن أصبغ أنه ليس لبائع الآبق أخذه بالثمن واختاره ابن حبيب وهذا
مبنى على أنه عقد بيع ولا يجوز شراء الآبق (مسألة) ومن ابتاع قمحاً فزرعه ثم أفلس روى ابن
المواز عن أصبغ لا يكون البائع أحق به فأما الذي زرعه فبين أنه لا يكون أحق به لأن تلك العين
التي باعها قد تلفت والقمح الذي نبت عين أخرى وليس في الفوات أي من هذا وأما منع ذلك
في الذي طحن فبنى على أصلين أحدهما أنه لا يجوز بيع الخنطة بال دقيق والثاني أن رجوع البائع
عين ماله بشراء حادث فلذلك منعه والله أعلم ويحتمل أن يبينه على أن تفريق الأجزاء مانع من
رجوع البائع فيه ومفيتها له كقطع الثوب (مسألة) وإذا اختلط ما ابتاعه من قمح أو زيت أو

غيرهما وعرف ذلك ببينة ثم أفلس فان للبتاع أخذه من جلة الطعام قاله مالك وقال الشافعي اذا خلطه
فقدفات ولا يكون البائع أحق به والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر رجل أفلس
فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا قد وجد ماله بعينه ومن جهة المعنى ان هذا بائع
مدرك لعين ماله في فلس غير معه فكان أحق به من غيره كالمولم يخلطه بسواه (مسئلة) ولو اشترى
طعاما من بغاءة فخلطه ثم أفلس كانوا أحق به من سائر غرمائه قاله أشهب في العتبية ورواه ابن حبيب
عن مطرف عن مالك وكذلك الدنانير يدفعها الرجل الى الصراف يخلطها بكيسه ثم بفلس مكانه والبر
يشترى به فيرفوه ويخلطه بغيره فليس ذلك مما يمنع البائع من أخذه ماله قاله ابن القاسم ومطرف وابن
الماجشون وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان خلطه بمال لا يمنع البائع من أن يكون
أحق به فبان لا يمنع ذلك خلطه بمال بائع آخرى وأولى (مسئلة) وأما ان خلطه بغير جنسه فلا يخلو
أن يفسده ذلك أولا يفسده فان كان ذلك مفسدا له فقد قال أصبغ فممن خلط ما اشترى بغير جنسه
مثل أن يخلط زيت الفجل بزيت الزيتون أو القمح بالمغلوث جدا أو المسوس حتى يفسد فان ذلك
يفتته وأما ان خلطه بغير جنسه على وجه لا يفسده بل على المعتاد من استعماله له مثل أن يشتري من
رجل عسلا ومن آخر حريرة يلبث بالعسل ثم بفلس فقد قال محمدان هما أحق بذلك من سائر الغرماء
يتخاصان في ثمنها بقيقة هذا من قبة هذا قال ابن القاسم ثم وقف عنها محمد والله أعلم ص * قال مالك
فممن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس المشتري فان الجارية أو الدابة وولدها للبائع الآن
يرغب الغرماء في ذلك فيعطونه حقه كاملا ويمسكون ذلك * ش وهذا على ما قال فممن اشترى
جارية فولدت عنده ثم أفلس فان للبائع أخذها وولدها لانه نماء من جنس العين كالسمن والنماء
الحادث في العين على ضربين نماء من جنس العين كالولد ونماء من غير جنسه كثمر الشجر وصوف
الغنم ولبن الأنعم وغلة الدور والعبيد فأما الضرب الاول فان حدث الولد عند المشتري ثم أفلس فان
للبيع أخذه مع أمه على ما ذكرنا تركها مع ولدها ومحاصة الغرماء بجميع الثمن فان لم يجد فلا يخلو
أن يكون المشتري باع ذلك أو لم يبعه فان كان باع الأولاد ووجد الأم ففي كتاب ابن المواز عن مالك له
أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يساهيها ويخاص الغرماء وذكره عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال
ولاشئ له في الولد وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك أنه يقسم الثمن على الأم والولد فيأخذ
الأم حصتها من الثمن ويخاص بما أصاب الأولاد من الثمن وجه الرواية الأولى ان الولد لم يتناول
البيع وانما كان نماء حدث فان لم يجده فلاشئ له منه كالثمر واللبن والغلة ووجه الرواية الثانية
انه نماء من جنس العين فكان للبائع أخذه وأخذ ثمنه ان كان باعه ولا يجوز اعتباره بالغلة لان الغلة
من غير الجنس ولانه لو وجد الولد وحده لكان له أخذه والمحاصة بنية الام من الثمن ولو وجد النماء
من غير الجنس لم يكن له ذلك فيه (مسئلة) وأما ان لم يبيع المشتري الولد ولكنه تلف فان كان
تلف على وجه لا عوض فيه كالموت والابق فقد قال مالك في العتبية والموازي تلوم انت الام وبقي الولد
أومات الولد وبقيت الام فليس له أخذ الباقي منهما الا بجميع الثمن أو الترك والمحاصة بجميع الثمن
أو اسلامه وقدرى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فممن باع أمة فعميت أو عورت بغير جناية ثم
أفلس فاما أخذها البائع بجميع الثمن أو أسامها * قال مالك وكذلك الثوب يخلق أو يدخله فساد
كالأمة (فرع) وأما ان تلف على وجه فيه العوض مثل أن يحنى عليه جان فان أخذه عقلا فهو
مثل بيعه رواه ابن حبيب عن ابن القاسم وان لم يأخذه عقلا فهو مثل الموت ولو كان المشتري هو

* وقال مالك فممن اشترى
جارية أو دابة فولدت
عنده ثم أفلس المشتري
فان الجارية أو الدابة
وولدها للبائع الآن يرغب
الغرماء في ذلك فيعطونه
حقه كاملا ويمسكون
ذلك

الجاني عليه فلم أرفيه نساوئنا كله اذا حدث الولد عند المشتري فأما لو يباع جميعا فهو بمنزلة سلعتين يباع في صفقة واحدة في وجود من وجد منهما رواه ابن وهب عن مالك

(فصل) وأما ما كان من الثناء من غير جنس المبيع فلا يخلو أن يكون موجودا حين البيع أو حدث بعد ذلك فما كان منه موجودا حين البيع على صفة نبيها بعد هذا إن شاء الله تعالى مثل الصوف على ظهور الغنم قال أصبغ قد حان جزاءه فجزه المبتاع ثم أفلس فان كان موجودا وكان على ظهور الغنم لم يجزه فهو للبائع مع الرقاب عند ابن القاسم ولو جزه المبتاع ولم يفت في كتاب ابن حبيب عن أصبغ للبائع أخذه مع الغنم وقد روى محمد عن ابن القاسم وإن كان قد مات ثم أفلس قال أصبغ لا يكون للبائع الا قيمته بنقسط الثمن على الصوف وراقب الغنم بحاص الغرماء بما للصوف من الثمن فكان له أن يأخذ الغنم بباقي الثمن أو يسهها رواه ابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم ووجه ذلك انه يصح افراده بالبيع فكان له حصة من الثمن كالسلعتين (مسئلة) وأما الثمرة تباع مع الأصل ففي كتاب محمد وكتاب ابن حبيب قد أبرت فيقضى له بمحضها من الثمن وأما ما قبل ذلك فحكمها حكم المبيع لانه لا يجوز افرادها بالبيع ولا حصة لها من الثمن وإنما راعى ابن حبيب الأبار لانها حينئذ لا تتبع النخل إلا بالشرط فكان لها على هذا حصة من الثمن وإن أفلس المبتاع قبل أن يجذف هو أحق بالأصل والثمره ما لم يفارق الأصل وقيل ما لم تيسر وروى القولان عن مالك قال ابن القاسم القول الأول هو القياس والثاني هو الاستحسان وهو أحب الي ووجه الأول ما قدمناه قال مالك ما دامت الثمرة في رؤس النخل لم تجذف لم تباع فهي كالولد وهذا على القول الأول جعلها ما دامت متصلة بالأصل كالثماء الحادث فيه من جنسه وأما ان كانت قد جدت فقد قال محمد للبائع قيمة ذلك عند ابن القاسم ويحتمل أن يكون هذا على ما قدمناه من أن لا رجوع المبيع حكم العقد وهذا ثم قد انفصل من أصله فوجب عوضا عن ثمرة من هبة فلم يجذف ذلك فرجع فيه الى القيمة (مسئلة) وإن لم يكن في الشجر عند البيع ثم ولا على ظهور الغنم صوف ثم استغلها المشتري مدة أعوام ثم أفلس فإن البائع يأخذ الأصول ولا شيء له من الغلة وإن كانت الثمرة باقية في الشجر والصوف باق على الغنم ففي العتية من سماع عيسى عن ابن القاسم ان كان في النخل يوم التفليس ثم قد طابت فهي للغرماء وكذلك ما حل من غلة دار وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك ان البائع أخذها بثمرها ما دامت في النخل ووجه القول الأول انه قد حاز افرادها فكان لها حكمها كالتى جدت ووجه القول الثاني أنها ما دامت متصلة بملك البائع وغير مفارقتة فانها لم تزل عن ملكه فكان له استرجاعها في الفلاس كثناء الأغصان ما لم يطب من الثمر وصوف الغنم (فرع) وأما الصوف على ظهور الغنم يكون قد تم عند المفلس في العتية أنه للبائع والفرق بينه وبين الثمرة على قول ابن القاسم انه للغرماء ما احتج به من أن الصوف يكون للمشتري بمطلق العقد في بيع الغنم والثمره المأبورة فلا يكون له بمطلق العقد والله أعلم

﴿ ما يجوز من السلف ﴾

ص مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرافجاءه ابل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضي الرجل بكراهة فقلت لم أجدي ابل الا جلا خيارا رابعيا

﴿ ما يجوز من السلف ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن زيد بن أسلم عن عطاء
ابن يسار عن أبي رافع
مولى رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال استسلف
رسول الله صلى الله عليه
وسلم بكراهة ابل من
الصدقة قال أبو رافع
فأمرني رسول الله صلى
الله عليه وسلم أن أقضي
الرجل بكراهة فقلت لم أجدي
في ابل الا جلا خيارا
رابعيا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء * ش قوله استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكذا يدل على جواز ثبوت الحيوان في الذمة وإنما يضبط بالصفة ولولا ذلك لما جاز ثبوته في الذمة عوضاً عما يستقرضه المستقرض لانه لا خلاف أن عليه رد مثل ما استقرض ووافقنا على ذلك أبو حنيفة ومنع منه في السلم وقد تقدم الكلام فيه (مسئلة) والقرض يجوز أن يكون مؤجلاً وغير مؤجل فإن كان مؤجلاً لم يكن للقرض أن يطلبه قبل الأجل وللمستقرض أن يدفعه متى شاء قبل الأجل إذا كان عيناً لانه إنما أقرضه لمجرد منفعة المستقرض ولا يكون ذلك منفعة للقرض ولو كان له أن يبقيه في ذمة المستقرض إلى الأجل لكان في ذلك وجه منفعة يمنع صحة القرض وإن كان قد أقرضه عرضاً

(فصل) وقوله فجاءته أبل من الصدقة قال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضي الرجل بكره لا يخالو أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم يقترض البكر لنفسه أو لغيره من أهل الصدقة فإن كان اقترضه لنفسه فإنه لا تحل له الصدقة وقول أبي رافع له لما جاءته أبل من الصدقة أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقضي الرجل بكره يحتمل وجوهاً أحدها أن ما أمره أن يقضي منه الرجل كان من أبل الصدقة قد بلغ محله ثم صار إلى النبي صلى الله عليه وسلم بابتياح أو غيره وإن كان أقرضه لأحد من أهل الصدقة جاز أن يقضيه منها كما يستقرض إلى اليتيم على ماله غير أنه لا يجوز أن يعطى من أموال المساكين ما هو أفضل مما أخذهم إلا أن يكون المقرض من أهل الصدقة فيكون فضل الشيء صدقة عليه وليس في الحديث ما يدل على إخراج الزكاة قبل حلولها على قولنا أنه استقرض للمساكين وإنما فيه ما يدل على أنه استقرض للمساكين من رجل لا تجب عليه صدقة أو تجب عليه الصدقة فيقضيه قرضه كما فعل صلى الله عليه وسلم ويقبض منه ما وجب عليه من الزكاة فلو كان من باب تعجيل الزكاة قبل الحلول لتعجلها ولم يحتج أن يقرض ولو شاء لتعجلها اقترضنا ما احتاج أن يقضيه عند الأجل ولو تعلق متعلق بأن هذا الحديث يدل على المنع من ذلك لما ذكرناه ما أبعد والله أعلم ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم إنما يكون له هذا البكر الذي قضاؤه من أبل الصدقة ما أبعد أن يبلغ محله وصار لعامل عليها أو غيره من الغارمين أو الفقراء أو أبناء السبيل ممن احتاج إلى بيعه وقدروى أبو سامة عن أبي هريرة أن رجلاً تفاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغلف له فهم أصحابه به فقال دعوه فإن لصاحب الحق مقالا واشتر والله بعير فأعطوه فقالوا لا نجد إلا أفضل من سنه قال اشتروه فأعطوه إياه فإن خيركم أحسنكم قضاء ولا يبعد أن يكون ذلك كله في قضية واحدة فحفظ أبو رافع أن أصله من أبل الصدقة وحفظ بعض الرواة عن أبي هريرة الشراء ص * مالك عن حميد بن قيس المسكي عن مجاهد أنه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاها دراهم خيراً منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيئاً من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه إذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وى أو عادة فإن كان ذلك على شرط أو وى أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال مالك وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى جلاً رباعياً خياراً مكان بكر استسلفه وإن عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيراً منها فإذا كان ذلك عن طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وى ولا عادة كان ذلك حلالاً لا بأس به * ش قضى عبد الله بن عمر رضي الله عنه من أسلفه الدراهم

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء * وحدني مالك عن حميد بن قيس المسكي عن مجاهد أنه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاها دراهم خيراً منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيئاً من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه إذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وى أو عادة فإن كان ذلك على شرط أو وى أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال مالك وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى جلاً رباعياً خياراً مكان بكر استسلفه وإن عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيراً منها فإذا كان ذلك عن طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وى ولا عادة كان ذلك حلالاً لا بأس به

خير منها الظاهر أنها أفضل في الصفة على وجه المعروف ولقول النبي صلى الله عليه وسلم فإن خيركم أحسنكم قضاء وهذا لا خلاف في جواز هـ سواء كانت قيمة تلك الفضيلة كثيرة أو قليلة وهذا ما لم يكن في مقابلة تلك الفضيلة نقص من وجه آخر مثل أن يسلفه عشرة دنانير رديئة الذهب فيقضيه ثمانية جيدة الذهب أو يكون عنده عشرة دنانير مسكوكة رديئة الذهب فيقضيه عشرة دنانير من التبر الجيد فهذا لا يجوز لأنه من باب المعاوضة فيؤدي إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل ما كان من جنسين (مسئلة) وإن كانت الفضيلة في القدر فلا يخلو أن يكون اقراضه وزناً أو عدداً فإن كان اقراضه وزناً فلا اعتبار بالعدد ولا يجوز أن يقضيه أكثر من ذلك الوزن إلا أن يكون اليسير (مسئلة) فإن أقرضه عدداً جازله أن يقضيه مثل ذلك العدد أفضل وزناً مثل أن يقرضه مائة درهم انصافاً فيقضيه مائة وزناً لأن الفضيلة حيثئذ تكون في الجنس ولا يجوز أن يزيد في العدد إلا الزيادة اليسيرة على ما تقدم ولو قرضه أقل عدداً أو أكثر وزناً أو أكثر عدداً أو أقل وزناً لم يجز لما قدمناه

(فصل) وقوله لا بأس أن يقبض من الرجل أفضل مما سلفه إذا لم يكن على شرط ولا عادة يريد أنه إنما يجوز أن تكون نفسه طيبة بذلك أن يفعله ابتداءً من غير أن يشترط عليه أو يجرى من ذلك على عادة يكون القرض من أجلها ولذلك نال الرجل لعبد الله بن عمر هذه خير من دراهمى انكاراً لذلك ولو كان ذلك على سبيل الشرط أو لعادة يرجوها لما أنكر أن يدفع إليه أفضل من دراهمه فأما الشرط فلا خلاف في منعه وأما العادة فقد منع من ذلك مالك أيضاً وأما أبو حنيفة والشافعي فيكرهانه ولا يرانه حراماً والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن العادة معنى يتعلق به القصد فوجب أن يمنع زيادته كالشرط ولأن المقترض إذا أقرض لهذا الرجل الذي اعتاده فقد دخل عمله الفساد والتعريم لم يقصد بما أقرضه المعروف الذي هو من مقتضى القرض ولذلك أبدى ابن عمر معنى الجواز في الزيادة وقال إن نفسى بذلك طيبة وإن الزيادة التي زادها لا تتعلق لها بشرط ولا عادة وانها مختصة بطيب نفسه ورضاء باسداء المعروف إلى من أقرضه والله أعلم

﴿ ما لا يجوز من السلف ﴾

ص مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال في رجل أسلف رجلاً طعاماً على أن يعطيه إياه في بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فإين الرجل يعني جلانته ﴿ ش قوله رضى الله عنه في الذي أسلف طعاماً على أن يعطيه إياه ببلد آخر فإين الرجل تبين لوجه المنع ومقتضى التعريم لانه إذا شرط عليه زيادة في قرضه وذلك متفق على فساده لاسباب في ماله جل كالطعام وسائر المتاع ولو لم يكن بينهما شرط فلقبه ببلد غير بلد القرض جاز أن يتفقا على القضاء حيث التقياروا وعبد الحكم عن مالك وذلك أن هذه زيادة المقترض من غير شرط وقد تقدم أن ذلك جائز (مسئلة) وأما البيع فلا بأس أن يشترط عليه قضاء في غير بلد التبائع لانه لا يمنع من الازدياد فيه فإن لقيه بعد الأجل في غير ذلك البلد واتفقا على القضاء فيه جاز ذلك إذا أخدم مثل الذي لا يجوز ذلك قبل الأجل قاله مالك ووجه ذلك أنه يدخله قبل الأجل حط عني الضمان وأزيدك أوضع وتعجل (مسئلة) فإن كان القرض في دراهم مثل الصفايح التي يدفعها رجل لآخر على وجه السلف ليقضيه إياها ببلد آخر فالمشهور من مذهب مالك المنع وروى أبو الفرج الجواز (مسئلة) وأما في البيع فيجوز أن يشترط عليه القضاء ببلد آخر ولا يخلو أن يضرب لذلك أجلاً أو لا يضرب أجلاً فإن ضرب لذلك أجلاً جاز

﴿ ما لا يجوز من السلف ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
أنه بلغه أن عمر بن الخطاب
قال في رجل أسلف رجلاً
طعاماً على أن يعطيه إياه
في بلد آخر فكره ذلك
عمر بن الخطاب وقال فإين
الرجل يعني جلانته

أن لا يأخذ أدون من الذي أعطى كان له ذلك لكنه ان سامح وتجاوز وأخذ أدون مما أعطى
فذلك أعظم لأجره لأنه يضيف الى أجل القرض أجل التجاوز

(فصل) فان أعطاك أفضل مما أعطيتك طيبة به نفسه يريد أن لا يعطيك من أجل شرطك وذلك
يقتضى انه يلزمه أن لا يطلبه بذلك الشرط وانه قد أبطله وتركه وان زاده بعد ذلك فانه يزيد شكره
له ولا يبطل بذلك أجراً ما أنظره

(فصل) وقول ابن عمر فلا تشتري الا قضاءه يريد أن لا يشتري زيادة ولا منفعة ولا شيئاً الا قضاء مثل
ما أعطى قال ابن مسعود لا يشتري أفضل منه يريد أن لا يشتري زيادة عليه ولو كان قبضة من علف يريد قليل ذلك
وكثيره ثم اعلم ان شرط زيادة وان كانت يسيرة فانها ربا ولا خلاف ان الزيادة ربا ولكن انما
أراد به انها من جهة الربا انتهى عنه لأن هذا اللفظ اذا أطلق في الشرع فظاهره الزيادة لمنوعة
ولذلك قال الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والبيع لا يخلو من الزيادة في الأغلب ولكن لفظ
الربا يختص بالمنوع ص ~~قال مالك~~ قال مالك الأمر المجفع عليه عندنا أن من استسلف شيئاً من الحيوان
بصفة وتحلية معلومة فانه لا بأس بذلك وعليه أن يرد مثله الا ما كان من الولائد فانه يخاف في ذلك
الذريعة الى احلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصحبها
مابداً ثم يردّها الى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه
لأحد ~~ش~~ وقوله من استسلف شيئاً من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فلا بأس به يريد ان يكون
ما استسلفه معلوم الصفة والخلية ليتمكن من رده مثله ولو كان مجهول الصفة لتعذر عليه أن يرد مثله
وهو قول مالك والشافعي وجهور الفقهاء الاماروي وقد تقدم ذكره وقوله الا ما كان من الولائد
فانه يخاف من ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل يريد انه لا يحل قرض الجوارى وبه قال أبو حنيفة
والشافعي وجهور الفقهاء وروى عن المازني اباحت ذلك ووجه ذلك ما احتج به من حظر
الفروج ومعلوم ان من استقرض شيئاً كان له أن يردّه متى شاء بعد أخذها بساعة أو أكثر من ذلك
وان كان قد انتفع بها ما كان على صفته فن أراد الاستمتاع بجارية غيره اقترضها منه فوطئها ثم ردها
اليه من ساعته وهذه اباحة للفروج المحظورة (مسئلة) وقال محمد بن عبد الحكم يجوز ذلك اذا
كانت ذات محرم للمستقرض مثل ان تكون أمه أو أخته من الرضاة أو عمته أو خالته من النسب
لأنه يسلم مما قاله وعلى هذا الذي قاله يجوز للنساء استقراض الجوارى وانما يحرم ذلك على الرجال
خاصة والله أعلم (فرع) فان اقترض رجل من ذكراً نفعه منها فلا خلاف عن مالك ومن قال
بقوله في المنع من ذلك ان الجارية ترد بعينها لم يطأها ويفسخ القرض واختلفوا اذا وطئها فقال
مالك تنفوت بالوطء وتكون الجارية للمستقرض وتلزم قيمتها وقال الشافعي ردها ويرد معها عقدها
وان حلت ردها بعد الولادة وقبلة ولدها حيا يوم الولادة ويرد معها ما نقصها الولادة وان ماتت لزمه
مثلها فان عدم مثلها فعليه قيمتها والدليل على صحة ما نقوله أن عقود التمليك تنفوت عندنا مع بقاء
الاعيان ولما دفع صاحب الجارية الحاركة على وجه التمليك فانت بالوطء الذي منع القرض من أجله
فلو أجرنا له ردها لكان قد أتممنا القرض الفاسد والمقصود بالمنوع منه فلما وجد معنى المنع وفات
ردها بذلك أو جنبنا له قيمتها واذا وجبت قيمتها بطل جميع ما أوجبه بعد الوطء من قيمة الولد وغير ذلك
لان القيمة انما تلزمه يوم قبضها

قال مالك الأمر المجفع
عليه عندنا ان من
استسلف شيئاً من الحيوان
بصفة وتحلية معلومة فانه
لا بأس بذلك وعليه ان يرد
مثله الا ما كان من
الولائد فانه يخاف في ذلك
الذريعة الى احلال ما لا
يحل فلا يصلح وتفسير
ما كره من ذلك أن
يستسلف الرجل الجارية
فيصحبها مابداً ثم يردّها
الى صاحبها بعينها فذلك
لا يصلح ولا يحل ولم يزل
أهل العلم ينهون عنه ولا
يرخصون فيه لأحد

* ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة *

ص * قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع بعضكم على بيع بعض وقال مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضىها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يبيع بعضكم على بيع بعض أنه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا ركن البائع إلى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال مالك ولوترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا * ش قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يبيع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لا يشتري والعرب تقول اشتريت وشريت بمعنى بعث قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين وقال ولبئسما شر وابه أنفسهم لو كانوا يعلمون قاله ابن حبيب وقال انما النهى للمشتري دون البائع ونحو هذا روى أبو عبيدة عن أبي عبيدة وأبي زيد قال أبو عبيدة ليس للحديث وجه غير هذا عندى لأن البائع لا يكاد يدخل على البائع وانما المعروف أن يزيد المشتري على المشتري وأنشد بعضهم للحطيثة * وبعث لذيان العلاء بمالك * يريد اشتريت * قال القاضي أبو الوليد وعندى أنه يحذف أن يحمل اللفظ على ظاهره فيمنع البائع أيضاً من أن يبيع على بيع أخيه إذا كان قد ركن المشتري اليه وافقه في ثمن سلعته ولم يبق الا تمام العقد في أي من يصرفه عن ذلك بان يعرض عليه غيره على غير وجه الارخاص عليه وانما حبل ابن حبيب على ما قاله لأن الارخاص مستحب مشروع فاذا أتى من يبيع بأرخص من بيع الاول فلا منع في ذلك عنده والله أعلم وقد منع من تلقى السلع وذلك ارخاص على متلقيها غير ان فيها اغلاء على أهل الأسواق التي هي أعم نفعاً للمساكين والضعيف الذي لا يقدر على التلق

(فصل) وقوله على بيع أخيه يريد المسلم ولم يجعل ذلك شرطاً فيما يمنع من البيع على بيعه وانما ذلك لاظهار رقبه فعله ولذلك ذكره بالاخوة التي تمنع المقابحة ولو كان الذي ركن إلى بيعه يهودياً أو نصرانياً فإنه لا يزداد عليه قاله مالك في كتاب ابن المواز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجوز ذلك الأوزاعي والدليل على ما نقوله ان هذا له عهد وديمة كالمسلم أيضاً فان كل حكم بين مسلم وذمى فإنه يكون على حكم الاسلام (مسئلة) فان وقع وسام رجل على سوم أخيه روى ابن حبيب عن مالك يستغفر الله ويعرضها على الاول بالثمن زادت أو نقصت فان شاء أخذ وان شاء ترك وروى سمعون عن ابن القاسم في العتية لا يفسخ وأرى أن يؤدب وقال غيره بل يفسخ ذلك وجه قول مالك يؤدب يريد لمن عصي بهذا الفعل إلى الاستغفار منه ونهى لمن منعه منه وظلمه فيه وزاد ابن القاسم انه يعاقب بالأدب ولعله يريد من تكرر ذلك منه بعد الزجر وجه قول الغير يفسخ أن قول النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه والنهى يقتضى فساد المنهى عنه (فرع) فاذا قلنا بقول مالك يعرضها على الاول فان كان

عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع بعضكم على بيع بعض * وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضىها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يبيع بعضكم على بيع بعض أنه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا ركن البائع إلى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال مالك ولوترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا

بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا

الثاني أنفق عليها نفقة زادت له أعطاه النفقة مع الثمن فان نقصت فان شاء أخذ المبيع ولا شيء له وان شاء ترك رواه ابن حبيب عن مالك ومن بقي من أصحابه ووجه ذلك ان هذه النفقة ان كانت باقية كان للدول العوض منها وان كانت قد تلفت ولم تؤثر زيادة فلا شيء له منها وهذا وجه يتلخص مما دخل فيه والله أعلم

(فصل) وقول مالك ان معنى ذلك ان لا يسوم الرجل على سوم أخيه اذا كان قد ذكر البائع الى السائم مما يعرف به انه قد أراد مبايعته ظاهره يقتضي ان البيع في الحديث بمعنى الشراء وبين ان المنع انما يتعلق بحالة الاتفاق دون أشد المساومة ووقت الاختلاف وهو على ما قال ولا خلاف فيه ولو منع من السوم على سوم متاع مع تبين ما بينهما وتباعد هما لفسدت بذلك حال كل بائع فما كان أحدهما أن يمنعه من بيع السلعة الا ساومه بها وأعطاه عشر ثمنها فاذا خرج على غير المساومة بها بما تقدم منه كان في ذلك ضرر بين البائع ومنع من بيع سلعته الا باليسير من ثمنها ممن يمنع من بيعها ممن غيره من أجل مساومته وهذا الاختلاف في منعه (مسئلة) وهذا في بيع المساومة واما في بيع الزيادة ففي الواحظة انه خارج عما نهى عنه من السوم على سوم أخيه وقد استحب مالك للسلطان فيما بيع على مفلس أو ميت أن يتأني ثلاثا عسى يزائدان يزيد وفي بيع العقار ينادى عليه الشهرين والثلاثة بصفته ونعته وتسحية ما فيه فاذا بلغ منتهاه على أحد استأناه ثلاثا قبل الايجاب يكون فيه الخيار للسلطان لا للمبتاع فان زيد عليه قبله والازمه فاذا أوجبه ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته وهذا معنى صحيح وبيع المساومة أن يقف الرجل بسلعته يسوم بها من يريد شراءها أو يجلس بها في حانوت أو مكان فمن مر به ساومه عليها فهذا اذا ركن الى المبتاع فهو الذي نهى أن يدخل على بيعه أحد لانه انما نهى أن يبيع سلعته على المساومة ومن فارقه ولم يوجبه أو ردا ما أعطاه من السوم ثم أراد أن يلزمه البيع لم يكن له ذلك وبيع المزايدة هو الرجل يعرض سلعته في السوق يمشى بها على من يشتري تلك السلعة ويطلب زيادة من يزيد فيها فهذا لا يمنع أحدا من الزيادة فيها قبل الايجاب ويلزم من زاد فيها شراؤها بما زاد وان فارقه بغير الايجاب لانه انما أراد على انه ان زاد غيره عليه والا فبى له بما زاد فيها فاذا أوقع الايجاب له لم تقبل عليه زيادة

(فصل) وقوله ولا تلقوا الركبان يحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم تلقى من يجلب السلع فيبتاع منهم قبل ورواها ورواها موضع بيعها وسواء كان التلقى فيما بعد عن موضع البيع أو قرب قال ابن حبيب عن مالك وأصحابه وان كان على مسيرة يوم أو يومين من الحاضرة ووجه ذلك ان هذا فيه مضرة عامة على الناس لان من تلقاها أو اشتراها غلاها على الناس وانفرد ببيعها فنع من ذلك ليصل بانعواها بها الى البلد فيبيعونها في أسواقها فيصل كل أحد الى شرائها والنيل من رخصها (مسئلة) وكذلك فيما قرب وقد سئل مالك عن خروج أهل مصر الى الاصطبل مسيرة ميل ونحوه أيام الأضحي يتلقون الغنم يشترونها قال هذا من التلقى وكذلك غير الضحايا متى ترد سوفها رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك أن هذا تلف يمنع من وصول ما جلب الى سوق يبعه فكان ممنوعا منه كالبعيد (مسئلة) وهذا فيما جرت العادة بتبليغه الأسواق ولا مضرة في ذلك فاما ما كان يضر بالناس بتبليغه الأسواق كالنفوا كه والخمار التي يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها ومحتاجون الى بيعها جلة ممن يجنبها أو يبقها في أصلها ويدخلها الى الأمصار والقرى بقدر ما يتأتى له من بيعها فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتية في الأجنة التي تكون حول الفسطاط من نخيل وأعناب يخرج اليها التجار فيشترونها

ويحملونها في السفن الى الفسطةط للبيع لا بأس بذلك وقال في سماع أشهب هو من التلقي وقال
أشهب لا بأس به وليس من التلقي وفي كتاب ابن المواز عن مالك في التجار يشترى ون الغنم من الريف
فيسيرون على مثل ميل من الفسطةط في مراعيها ويستد عليهم ادخالها كلها أو يكون ذلك أرفق بهم
فيبيعونها فيدخلها المشتري قليلا قليلا أخاف أن يكون من التلقي وقال في العتية أراه من التلقي
وجه القول الأول ما قدمناه من أن هذا وجه بيع الجلاب لها وتلقه المضرة في أخذه بادخالها
ويؤدى ذلك الى افسادها وتغيرها وطول مقامه عليها (مسئلة) وما أرسى بالساحل من السفن
بالتجار فلا بأس أن يشتري منهم الرجل الطعام وغيره فيبيعه بها الآن يقصد الضرر والفساد فلا يصلح
لانه من باب الحكرة ووجه ذلك أن هذا منتهى سفر الوارد فلا يكلف سفرا آخر لان ذلك مضرب به كما
لو كان السفران في البر وهذا على ثلاثة أضرب أحدها ما قدمناه وهو أن يخرج الى السلع فيتلقاها
ويشتريها قبل أن تبلغ أسواقها والثاني أن يرد خبرها قبل أن ترد فيشتريها من بلغه ذلك قبل وصولها
والثالث أن يمر بمنزله قبل أن تصل الى أسواقها وقد تقدم الكلام في الضرب الاول وأما الضرب
الثاني فقد روى ابن المواز عن مالك فممن جاءه طعام أو بز أو غيره فوصل اليه خبره وصفته على
مسيرة يوم أو يومين فيخبر بذلك فيشتريه منه رجل فلا خير فيه وهذا من التلقي ووجه ذلك ما قدمناه
من أنه ثراء السلع قبل وصولها للأسواق وأما الاعتبار على هذا بوصول السلع ووصول بائعها ولو
وصلت السلع السوق ولم يصل بائعها فخرج اليه من يتلقاه ويشتريها منه قبل أن يهبط الى الأسواق
ويعرف الاسعار فلم أر فيه نصا وعندى أنه من التلقي الممنوع والله أعلم (مسئلة) وأما اذا مرت
بمنزله قبل أن تصل أسواقها فلا يخلو أن يكون منزله خارج المصر أو بطرف المصر ما بينه وبين
السوق فإن كان خارج المصر مثل أن يكون بقربه في الموازية عن مالك فممن مرت به السلع
ومنزله بقرب المصر الذي هبط اليه بتلك السلع ومن على ستة أميال من المدينة ومثل العقيق من
المدينة فله أن يشتري منها للداء كل ولقنية أو ليلبس أو ليعضي أو يهدي ونحوه فأما التجارة فلا ولا
يتاعها من مرت بباب داره في البلد وان لم يرد التجارة (فرع) وهذا فيما كان له سوق قائم من
السلع ومالم يكن له سوق فاذا دخلت بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤها وان لم تبلغ السوق رواه
ابن حبيب عن مالك وأصحابه (مسئلة) واذا بلغت السلعة موقفا ثم انقلب بها بائعها ولم تبسج أو
باع بعضها فلا بأس أن يشتريها من مرت به أو من دار بائعها من الواضحة ووجه ذلك أنه قد خرج عن
حد الجالب ببلوغه السوق وعرضها فيها للسلع وانتقل الى حكم المحتكر وذلك مباح يشتري منه
حيث شاء

(فصل) اذا ثبت ذلك فان وقع التلقي من انسان فمالك في ذلك قولان في الموازية روى عنه
ابن القاسم أنه ينهى فان عاد أدب ولا ينزع منه شيء وهو اختيار أشهب وروى عنه ابن وهب ينزع
منه ما ابتاع فتباع لأهل السوق واختار ابن المواز أن يرد شراؤه وترد على بائعها وبه قال ابن حبيب
وجهر واية ابن القاسم أن البيع عقد لازم ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته فاما يتعلق بالتلقي الخرج
لن فعله وذلك لا يوجب أخذ ما اشتراه وانتزاعه منه ووجه رواية ابن وهب أن لأهل الأسواق حظا فيما
اشترؤهم كمالو حضروا مساومته ووجه قول ابن المواز ما احتج به من أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عنه وما نهى عنه فهو مردود وهذا قد قال به قوم من أصحابنا أن النهى يقتضى فساد المنهى عنه (فرع)
فاذا قلنا برواية ابن وهب فقد روى عنه أن السلعة تعرض لأهل السوق فخرج فهو بينهم وما كان

من وضیعة فعلیه وان قلنا بر وایة المنسوخ فقد قال ابن المواز ترد علی بائعها فان فات امر من يقوم بیعها لصاحبها وقال ابن حبيب ان فات بائعها فان كان المتلقي لم يتعد ذلك تركته وزجر وان كان اعتاد ذلك وتكرر فان كان لهاسوق وفوم راتبون لبيعها فلهم أخذها بائع أو تركها له وان لم يكن لها أهل راتبون عرضت في السوق بثمنها العامة الناس فان لم يوجد من يأخذها بذلك تركته وقدر روى ابن المواز عن ابن القاسم أرى أن يشترک فيها التجار وغيرهم ممن يطلب ذلك ويكون كاحدهم وقاله عبد الله بن عبد الحكم وزاد بالخصص بالثمن الأول وجه قول محمد بن فسخ العقد يقتضي أن يرجع إلى ملك البائع فان كان حاضراً أخذها وان كان غائباً قدم له من يبيع عنه ويحتمل أن يريد أن كانت زيادة فله وان نقصاً فعليه لانه قد فعل المحذور في بيعه قبل أن يبلغ السوق وقدر روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فمن قدم بقمح من الاسكندرية فقال حين خرج ان وجدت بيعاً في الطريق والابلغت الفسطاط قال لا يبيع في الطريق ويبيع بالفسطاط الآن ينوي قرية بهاسوق فلا بأس ببيعه فيها فثبت ان البائع ممنوع من البيع قبل بلوغ الأسواق ومواضع البيوع ووجه قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ لنفسه وانما يفسخ لتعلق حق الغير به فان كان صاحبه حاضراً ففسخ لا مكان ذلك فيه وان فات ففسخه بفوا بئعه عرض على من له فيه حق فان لم يرد تركه (فرع) قال ابن حبيب ويعاقب من تكرر منه تلقى السلاح بمباراه الامام من سجن أو ضرب أو اخراج من السوق قال ابن المواز لا يطيب للمتلقى ربح ما تلقى فلا أحب أن يشتري من لحم ما تلقى وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية انه قيل له أيتصدق بارج فقال ليس بحرام ولو فعل ذلك احتياطاً لم أر به بأساً (فصل) وقوله ولا تناجشوا شيئاً ذكره بعد هذا وقوله ولا يبيع حاضر لباد فيه ثلاثة أبواب * الأول منها في تعيين البادى الذى يمنع من البيع له * والثاني في التصريف الذى يمنع له * والباب الثالث في حكم البيع له اذا وقع

(الباب الأول في تعيين البادى الذى يمنع من البيع له)

أما البادى الذى منع من البيع له فان أهل البوادي ضربان ضرب أهل عمود وضرب أهل منازل واستيطان فأما أهل العمود فلا خلاف في انهم مرادون بالحديث قال ابن المواز عن مالك في النهي عن بيع الحاضر للبادى هم الاعراب أهل العمود لا يبيع لهم ولا يشترى عليهم والأصل في ذلك الحديث في النهي عن ذلك ومن جهة المعنى انهم لا يعرفون الاسعار فيوشك اذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعون لان ما يبيعونه أكثره لارأس مال لهم فيه لانهم لم يشتروه وانما صار اليهم بالاستغلال فكان الفرق بين يشتريه أولى مع ان أهل الحواضر هم أكثر الاسلام وهي مواضع الأئمة فيلزم الاحتياط لها والفرق بين يسكنها (مسألة) وأما أهل القرى فقد قال ابن المواز عن مالك انه لم يرد بالنهي عن ذلك أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق ولا بأس به وأرجو أن يكون خفيفاً وروى هذه المسئلة العتي عن مالك ولكنه قال فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفاً وروى ابن المواز عن مالك وأما أهل القرى الذين يشبهون أهل البادية فلا يبيع لهم ولا يشترى عليهم قال وان كانوا أيام الربيع في القرى ومن بعد ذلك في الصعراء على الميادين من القرية وهم عالمون بالسعر فلا يبيع لهم وينقسم الأمر على ذلك ثلاثة أقسام البدوى لا يبيع له عرف السعر أو لم يعرفه والقروى وان كان يعرف الأسعار فلا بأس أن يباع له وان كان لا يعرفها لم يبع له (فرع) وما قدر القرية التي تبيع البيع له روى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم لانه

عن البيع لمن كان من أهل ميد أي وما أشبهها لان هذه مدائن وكور ووجه ذلك ما قدمناه من ان هذه كور وحواضر لأهلها من الحرمة مثل ما غيرهم مع معرفتهم بالأسعار والأسواق وليس في المنع من البيع لهم الاضرار بهم دون منفعة تجتلب بذلك (مسئلة) وقدرى ابن المواز عن مالك لا يبيع مدنى مصرى ولا مصرى لمدنى وفي العتبية فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفا فوجه القول الأول ان اغترابهم وبعداً وطائهم يقتضى جهلهم بالأسعار فنع من يعرفها من البيع لهم ليرخص بذلك ما جلبوه ووجه القول الثانى ان حرمتهم متساوية وبأيسر مقام في البلد يعرفون الأسعار ولا يصح أن يخفى ذلك عليهم فلا فائدة لكتابتهم ذلك

(الباب الثانى فى التصرف الذى يمنع له)

أما ما يمنع منه من التصرف له فقد روى ابن المواز عن مالك فى البدوى لا يبيع له الحضرى ولا يشتري عليه وهذا متفق عليه فى البيع وكذلك فى أهل القرى الذين يشبهون البادية وقال مالك فى العتبية اذا قدم البدوى فأكره أن يخبره الحضرى بالسعر وذكرا بن حبيب انه لا يبعث البدوى الى الحضرى بمتاع يبيعه له (مسئلة) وأما الشراء للبدوى فى الموازية والعتبية عن مالك لا بأس بذلك بخلاف البيع وقال ابن حبيب لا يبيع له ولا يشتري وجه القول الأول ان هذا الاسترخا ص مشروع مستحب ولذلك نهى أن يبيع الحاضر للبادى طلبا لرخص ما يبيع ولذلك يجب أن يباح له أن يشتري له يسترخص له ما يشتريه ووجه ثان وهو ان أكثر ما يبيعه البدوى ما يصير اليه بالغلة فليس عليه فى رخصه كبير مضرة وما يشتريه حكمه فيه حكم الحضرى فلذلك خالف بيعة شراؤه ووجه القول الثانى انها معاوضة تخصه فلم يتناولها الحضرى للبدوى كالبيع

(الباب الثالث فى حكم البيع له اذا وقع)

فد قال ابن القاسم يفسخ البيع حضر البدوى أو بعث سلعته الى الحاضرة ورواه ابن حبيب عن مالك قال ابن حبيب قال وكذلك الشراء وقاله أصبغ فى بيع المصرى للمدنى وبيع المدنى للمصرى ولم ير ابن عبد الحكم فسخه اذا باع حاضر لباد ورواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية وجه القول الاول نهى النبي صلى الله عليه وسلم والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ووجه القول الثانى ان العقد سالم من الفساد وانما نهى عنه لمعنى الاسترخا ص ولذلك لا يعود بالفسخ لان البدوى قد علم بالبيع الاول ثم سلعته فلا يرخص بفسخه (مسئلة) ومن تكرره هذا قال ابن القاسم فى العتبية يؤدب وروى ز و ن ان ابن وهب يزجر ولا يؤدب وان كان عالما بمكرهه وجه القول الاول ان هذه مضرة عامة وقد تكرره مخالفة الامام فيها فكان حكمه الأدب ووجه قول ابن وهب ان الزجر فى ذلك كافى لانه نوع من التسعير والله أعلم

(فصل) وقوله ولا تصروا الابل والغنم التصرية حبس اللبن فى الضرع مأخوذ من حبس الماء يقال صرته وصرته والمصرة هى المحفلة لان اللبن حفل فى ضرعها والحافل العظيمة الضرع (فصل) فن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها يريد ان التصرية تدليس ونقص اللبن عما كان عليه حين البيع نقص فللبائع اذا اطلع على ذلك الامساك أو لرد كسائر العيوب وهذا قال الشافعى والليث وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد التصرية ليست بتدليس ونقص اللبن ليس بعيب وليس للبتاع الرد والدليل على ما نقوله الحديث وهو يستدل به من وجهين أحدهما انه قال فن ابتاعها بعد ذلك يريد بعد التصرية فهو بخير النظرين

فالظاهر أنه جعل له الرد بالتصريه وليس ههنا وجه يرد به إلا بالعيب لأن العقد وقع لازماً ووجه آخر وهو أنه صلى الله عليه وسلم جعل المبتاع بخير النظرين بعد أن يتبين أمرها بالطلب أن رضىها أمسكها وإن سخطها ردّها وهذا نص في موضع الخلاف ومن جهة المعنى أن معنى التدليس ستر العيب وهذا موجود في التصريح بأن البائع سهر ما في شأنه أو ناقته من قلة الدين عما ابتاع عليه المبتاع وذلك أن المبتاع اعتقد أن ذلك عادة فيها وعلى ذلك اشتراها فإذا تبين له نقصها عن ذلك كان له الرد على البائع كما لو وجد البائع شعر جاريته فاشترى المبتاع على ذلك ثم تبين له أنه غير ذلك كان له الرد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها قال محمد بن الرزدي بعد أن يحلب مرتين فإن حلب ثلاثاً لم يرد وقال ابن القاسم لما سئل أريد ما بعد الثلاثة إذا رأى من ذلك ما يعلم أنه قد اختبرها قبل ذلك فما حلب بعد ذلك منع الرد * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي أنه يكون الخيار بعد الثلاثة وقد روى ابن سيرين عن أبي هريرة في هذا الحديث فهو بالخيار بعد أن يحلب ثلاثاً ورواه ابن وهب من حديث أبي صالح عن أبي هريرة ومن جهة المعنى أن الحلب الثانية لا يعلم بها حالها لجواز أن يكون نقص الدين لاختلاف المربي ولأن التحميل يقلل لبناً في الحلب الثانية فاما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة فيجب أن يكون له الخيار بعدها لأنه ياتين أمرها (مسألة) وإن اشترى غنماً غير مصراة فحلبها فلم يرض حلابها فإن كان البائع لم يعلم حلابها في المدونة لابن القاسم ليس له ردّها ومعنى ذلك أنه قد استوى غنمها في قدر المبيع جزافاً كالبايع لصبرة الطعام فإن علم البائع قدر ما يحلب فلم يخبر بذلك المبتاع فإن كان في أبان لبناً فقد قال ابن القاسم له الرد بمنزلة من باع صبرة جزافاً قد علم كيلها فلم يخبر بذلك المبتاع وإن لم يكن البيع في أبان لبناً لم يكن للبتاع ردّها وإن كان البائع قد عرف قدر لبناً وإن كانت شاة لبن وقال أشهب للبتاع ردّها حلبت أو لم تحلب إذا كانت شاة لبن قال محمد وأرى أن ينظر في ثمنها فإن كانت في كثيره بحيث يعلم أنها لم تبع لشحمها ولحمها ولا لتنتاج مثلها ذلك الدين وإنما يبيعها لبناً فله الرد إذا كان البائع قد رآه اللبن وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن البائع لم يقصد باتباعه اللبن وإذا كانت في أبان لبناً فالظاهر أنه اشتراها لبناً فروى ذلك فيها (مسألة) وإن كانت ابلاً وبقرافاً فقد قال ابن القاسم في المدونة إن كانت البقرة يطلب منها اللبن مثل ما يطلب من الغنم فهي بمنزلة (مسألة) ومن اشترى شاة على أنها تحلب قسطاً فقد قال ابن القاسم البيع جائز وتجرب الشاة فإن كانت تحلب ما شرطه له والردّها واحتج بحديث المصراة في أنها بالتصريه تردّ فإن تردّ في هذا أولى ومعنى ذلك أن التصريه إنما تقوم مقام الشرط فإذا ثبت بها الردّ فإن تردّ بالشرط وهو أبين أولى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وإن شاء ردّها وصادها من تمر معناه والله أعلم أن اختار أمساكها بعد أن ثبتت له التصريه أمسكها ولا شيء له وإن شاء أن ردّها ردّها وصادها من تمر قال ابن القاسم قلت لما لك أتأخذ بحديث المصراة قال نعم وإنما أتبع ما سمعت وألاحظ في هذا الحديث وقد روى أن مالكاً قال لما سئل عن ذلك فليحذر الدين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم قال ابن الموارز ولم يأخذ به أشهب وقال جاء ما يضعفه أن الغلة بال ضمان وسألت عنه مالكاً فكانه يضعفه وقال أشهب وهو لوردّها بعيب وقد أكل لبناً فلا شيء عليه فوجه ردّ الصاع أن اللبن الذي في الضرع حال التحميل مبيع مع الشاة وإذا تلف عند المبتاع أو تغير بالحلب كان عليه أن ردّ عوضاً منه

كالتمر في رؤس النخل والصوف على الغنم وأما ما حدث بعد ذلك فلا يردده المبتاع ولا يرد عوضا عنه وإنما الصاع عوض عن لبن التصريفة خاصة ووجه قول أشهب ما احتج به من أن دلبن حلب بعد الشراء فلم يردده المبتاع للرد بالعيب كاللبن الحادث بعد ذلك وأما قوله أن الحديث قد ضعفه ما جاء من أن الغلة بالضمان فيحتاج إلى تأمل لأن حديث المصراة حديث صحيح لا خلاف بين أهل الحديث في صحته ولا يجري مجراه ما روي أن الغلة بالضمان ولو صح حديث الغلة بالضمان لما كان فيه حجة لأن حديث الغلة عام وحديث المصراة خاص فيقضى به على حديث الغلة مع أن الغلة إنما هي ما حدث عند المبتاع دور ما اشتراه مع البيع (فرع) فإذا قلنا برواية ابن القاسم عن مالك فإنه يرد معه صاعا لأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم به لرفع الخصم في ذلك لكثرة تردده وإدعاء البائع من اللبن أكثر مما يظهره إليه المبتاع مع أنه لا يميز أحد اللبنيين من الآخر لأنه لا يحدث بعد الشراء إلى وقت الحلب في الأغلب ما لا يميز من لبن التصريفة فحكم في عوض ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بما يرفع الخصم ويحسم الدعاوى وهو صاع لأنه أمر مقرر وهذا كما حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة لما كان لا يميز غالبا ذكره من أنثاء سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى ولو كان حيا لكان في الأنثى نصف دية الآخر وقضى في جنين الأمة بعشرة فدية أمه ولو ولدت الجنينين لتفاوتت قيمتهما (فرع) وسواء كان المبيع شاة أو بقرة أو ناقة فإن ابن القاسم قال لا يرد الا صاعا والأصل في ذلك الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا نصرا ولا بلب والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضى بها أمسكها وإن خطبها ردها وصاعا من تمر ولم يفرق بين الغنم والأبل ونبه بذلك على البقر لأن الغنم أطيب لبنا والأبل أكثر لبنا والبقرة أكثر لبنا من الغنم وأطيب لبنا من الأبل (فرع) فإذا كانت الأبل والغنم عددا * قال الامام القاضي أبو الوليد رضي الله عنه فقد وجدت لبعض شيوخنا الاندلسيين يرد لجمعها صاعا واحدا ولعله تعلق بظاهر الحديث لا تصرا والأبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فله أن يرد لها صاعا من تمر ولو قال قائل انه يرد مع كل واحدة صاعا رأيت له وجهها (فرع) ومما إذا يكون الصاع قال ابن القاسم عن مالك من غالب قوت البلد وبه قال أبو علي عن أبي هريرة من أصحاب الشافعي وقال زياد بن عبد الرحمن عن مالك وجدته في كتابي من اشترى شاة أو ناقة مصراة فله إذا حلبها أن يرد لها ومكيلة ما حلب من اللبن تمر أو قيمته وقال أكثر أصحاب الشافعي لا يكون الامن التمر وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روي ابن سيرين عن أبي هريرة في هذا الحديث وصاعا من طعام ووجه ذلك على الرواية المشهورة في صاع التمر أنه خص التمر بالذكر لأنه كان أغلب قوت ذلك البلد فيجب أن يكون بغيره من البلاد غالب قوتهم كزكاة الفطر (فرع) فإن أراد أحدهما أن يكون اللبن بدل الصاع لم يلزم الآخر فإن اتفقا على ذلك فقد قال ابن القاسم في المدونة لا يجوز ذلك واحتج بأن أخاف أن يكون من يبيع الطعام قبل استيفائه لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرض عليه صاعا من تمر فصار ثمنه قد وجب للبائع فلا يفسخه في اللبن قبل القبض ووجه آخر وهو أن الذي يجب رده ما كان موجودا من اللبن حين البيع وذلك لا يميز من غيره فلا يمكن رده وقال سحنون لا بأس به لأنه يكون أقاله وما ذكرناه يمنع منه والله أعلم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش قال والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر مما فيها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدى بك غيرك * ش نهيه عن النجش يقتضي فساده

* قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش * قال مالك والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر مما فيها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدى بك غيرك

وتحريمه وقال مالك ان معنى ذلك أن يعطى بسلعته من يريد منفعة أكثر من ثمنها ولا يريد بذلك شراءها ولعله قد وافقك على أن ما زدت غير لازم لك ليقتردي بك غيرك فيزيد يادتك أو ليلبغه من الثمن ما لولاز يادتك لم يبلغها حاجته اليها وحرصه عليها وقال أهل اللغة ان أصل النجش الاستثارة لشيء ولذلك يقال للصائد ناجش لما كان يثير الصيد فكان الزائد في السلعة يثير غيره من المشتري للزيادة فيها ويربهم الحرص عليها (مسئلة) فان وقع البيع على وجه النجش في المدينة من رواية عيسى عن ابن القاسم ان علم بذلك المتبايع فله أن يرد ما لم تفت فان فاتت فله أن يأخذ ما بقيتها ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به فلا تزداد على ذلك وقال ابن حبيب من در من يزيد في سلعته ليقتردي به أن يبيعه فيفسخ الآن يرضى بها المتبايع بالثمن فان فاتت فعليه القية ان ثبت أن هذا دلسه البائع أو أحد سبه من ولده أو عبده أو شريكه أو من هو من ناحيته وان لم يكن بسبه ولا امره فلا بأس به يريدانه لا بأس به للبائع لان ذلك لم يكن عن اختياره ولعله أراد لا بأس به اذا كان الزائد في السلعة زاد على وجه الشراء وازغبة فيها لا على وجه النجش لان النجش اذا وجد فقد وجد البيع على وجه الخلابة والغش للبتاع فلا يسوغ للبائع وان كان غيره قد صنع له ذلك بغير امره (مسئلة) وأما الذي يقول أعطيت بسلعتي كذا فان كان صادقا فلا بأس به اذا كان العطاء حديثا وأما ان كان العطاء قديما فكتم قدمه والمتبايع يظنه حديثا فلا وكذلك النجش قاله مالك في العتية والموازية ووجه ذلك انه اذا أعطيه بقرب المساومة فهو صادق ولا خلابة في قوله وان كان قديما العطاء وتغيرت الأسواق فهو نوع من النجش وذلك غير جائز والنجش من جهته أن يكذب في ذلك ويقول أعطيت فيها ما لم يعط (مسئلة) ولو قال المتبايع للبائع ما أعطيت بسلعتك زدتك دينار فقال أعطاني بها فلان مائة فزاده واحدا ثم قال فلان ما أعطيته إلا تسعين قال مالك في الموازية يلزمه البيع ولو شاء لثبت الآن تكون بينة حاضرة على اعطائه فلان دون ذلك فيرد البيع ان شاء ولا شيء على البائع وكذلك لو قال أعطيت بهامائة فصدقه وزاده لزمه البيع * قال مالك في العتية ولا يمين عليهما ووجه ذلك انه صدقه فلا يلزمه انكار المساومة قبله لأن البائع يقول كرهه بيعي فجدد ما أعطاني فلا ينقض بيعه بذلك (مسئلة) وهذا في زيادة الثمن فأما في نقصه فمثل أن يقول المتبايع لرجل حاضر كرهه على أن يزدعني في هذه السلعة ففي كتاب محمد لا بأس بذلك فأما الامر العام فلا يريد عندي والله أعلم أن يقول ذلك لكل من يريد شراءها أو معظمهم وأما الواحد الذي يخاف منه الزيادة في ثمنها على قيتها أو تبقى منافسة فيها فلا بأس بذلك وكرهه أن يقول كرهه على ذلك نصفها ورأه من الدلسة وكرهه للقوم مجتمعون للبيع فيقولون لا تزيدوا على كذا ووجه ذلك انهم تواطؤوا على أذى البائع وحط بعض ثمن سلعته وذلك ممنوع (مسئلة) ولو ان سلعة بين ثلاثة فقال أحدهم لا خرا اذا تقاومناها فاخرج منها ربع ليقتردي بك صاحبنا والعبد يني وبينك ففعل وثبت ذلك بينة أو اقرار في الواخعة والعتية عن مالك البيع مردود ولا يجوز قال ابن حبيب ولا يأخذ بهذا أصبغ ولم يره من النجش وبه أقول لأن صاحبه لم يرد أن يقتردي بزيادته انما أسك عن الزيادة لخصه على نفسه وصاحبه فلا بأس بذلك وجه القول الاول ان هذا معنى فعله ليقتردي به في ثمن المبيع كالنجش

جامع البيوع *

ص * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

* جامع البيوع *
* حدثني يحيى عن مالك
عن عبد الله بن دينار عن
عبد الله بن عمر أن رجلا
ذكر لرسول الله صلى الله
عليه وسلم

أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بايعت فقل لا خلافة قال فكان الرجل إذا بايع يقول لا خلافة ش قوله أن رجلاً ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع يقال أنه منقذ بن عمر والأنصاري المازني جد واسم بن حبان وكان سبب ذلك أنه أصابته في رأسه في الجاهلية مأومة فغيرت لسانه وغيرت بعض ميزه وقد قيل إن حبان بن منقذ هو الذي كان يخدع في البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلافة وأنت بالخيار وقد قال بعض الناس إن هذا الحديث خاص بهذا الرجل لما كان فيه من الحرص على البيع وضعفه عن التعرض فيه وقد روى القاضي أبو محمد في إسناده إذا تابع الناس بما لا يتغابن الناس بمثل في العادة وكان أحدهما ممن لا يخبر بسعر ذلك المبيع فاختلف أصحابنا فمنهم من يقول لا خيار له وبه قال أبو حنيفة والشافعي ومنهم من يقول له الخيار إذا زاد على الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف فيه قال والدليل على هذا القول نهيه صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ومن باع ما يساوي عشرة دنانير بدرهم فقد أضاع ماله كما أن من اشترى ما يساوي درهما بعشرة دنانير فقد أضاع ماله قال ونهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقي السلع ومن جهة المعنى أن هذا نوع من الغش في الأثمان فكان مؤثراً في الخيار كالغيب فعلى هذا يكون حكم الحديث عاماً في كل أحد على مثل حاله وإنما كان معنى قول حبان بن منقذ لا خلافة على وجه الإعلام منه بأنه لا يخبر الأثمان وعلى وجه الإعلام للناس بهذا الحكم وإنه لا تنفذ خلافة الخالب على مغبون مستسلم وقال ابن حبيب في واهيته لو أن أحداً المتبايعين من جهالة البيع باع أو اشترى ما يساوي مائة درهم بدرهم لم يضرهم لأنه ما ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يبيع حاضر لباد قال القاضي رضي الله عنه ويحصل عندي ابتياعه على المراجعة فيكون قول لا خلافة لمن يز يد عليه في الشراء وهذا حكم عام إن من اشترى مراجعة فزيد عليه في الثمن أنه بالخيار ويحتمل أن يكون ابتياعه بالخيار وأنه كان يشترطه ويقول مع ذلك لا خلافة بمعنى اشتراط الخيار يخرز من استخداه وقد روى ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له بع وقل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثة ولا يتجبر رواية ابن اسحق ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم حكمه بهذا وحجر عليه أن يبيع بغير الخيار وأعلم الناس بذلك وأمره أن يذكر حكمه بقوله لا خلافة ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم بأمره أن يقول لا خلافة على وجه الاعتذار إلى من يبايعه ليتوقى خديعته أهل الصلاح والدين لا ليكون له الخيار أن خدع ولكن لئلا يقدم على خديعته من يأثم به وكان قليلاً في ذلك الزمن ويحتمل أن يريد به لا خلافة في صفة النقد وفي وفاء الوزن والكيل واستيفائهما فن غبنه في شيء من ذلك كان له الرجوع عليه وهذه حالة جميع الناس

(فصل) وقوله قل لا خلافة الخلافة الخداع وليس من الخداع أن يبيع البائع بالغلاء أو يشتري المشتري برخص وإنما الخلافة أن يكتمه عيباً فيها ويقول أنها تساوي أكثر من قيمتها وأنه قد أعطى فيها أكثر مما أعطى بها وقد روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فان صدقا وبينا بورك لهما وإن كذبا وكما محقت بركة بيعهما ولذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش لأنه من باب الخديعة في البيع وإظهار الناجش للبتاع أن قيمتها أكثر من قيمتها وأنه يريد أن يبتاعها من مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول إذا جئت أرضاً يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها وإذا جئت أرضاً ينقصون المكيال والميزان فأقلل المقام

أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بايعت فقل لا خلافة قال فكان الرجل إذا بايع يقول لا خلافة ش وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول إذا جئت أرضاً يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها وإذا جئت أرضاً ينقصون المكيال والميزان فأقلل المقام

بها ش قوله اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها يحتمل وجهين أحدهما أن يبارك لهم فيما يكيلونه ويزنونه فنأطال المقام بها ناله من بركة عملهم وبورك له اذا عمل بعملهم كما يبارك لهم والوجه الآخر أن يكون الخير والعدل شائعا عندهم لان الكيل والميزان اذا كان جاريًا على ما أمر الله به من توفية الحق وظهوره حتى يمع جميعهم فان الغالب أن سائر أحوالهم جارية على حسب ذلك

(فصل) وقوله اذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فأقلل المقام بها يحتمل أيضا وجهين أحدهما أن هذه عقوبة قد عاقب الله تعالى من أجلها أعماماً وأهلكهم بسببها فحذر المقام ببلد يكون هذا فيه ويشيع في أسواقهم وحذر أن يصيبهم بعداب من عنده فينالهم معهم ما يذهب من بركة ماله ويصرفه بالبيع والشراء والوجه الثاني أن النقص في ذلك يذهب بركة البيع فلا حظ لهم في المقام فيه وقد قال تعالى ويل للطففين الذين اذا ائكتوا على الناس يستوفون واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون وقال تعالى ما قال رسول الله فقال يا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين وعلى كل وجه فان ظهور المنكر وعمومه مما يحذر تعجيل عقوبته وقد قالت أم سلمة يارسول الله أنهلك وفينا الصالحون قال نعم اذا كثر الخبث فهذا مع الصالحين فكيف مع قلمهم أومع عدمهم نسأل الله أن يتجاوز عنا بفضلته ويتغمذ لنا برحمته ص قال مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد بن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى ش قوله أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع يريد والله أعلم بالسماحة من جهة البائع المسامحة في الثمن وذلك بان يأخذ القيمة ولا يشطط بطلب أكثر منها ويتجاوز في النقد وان ينظر بالثمن وقدر روى ربيع بن خراش عن حذيفة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم تلقت الملائكة ورح رجل ممن كان قبلكم قالوا عملت من الخير شيئا قال كنت أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر قال فتجاوز الله عنه وفي الواضحة تستحب المسامحة في البيع والشراء وليس هو ترك المسكينة فيه انما عي ترك الموارد والمضاجرة والكراسة والضابا لاحتساب ويسر الربح وحسن الطلب بالثمن قال ويكره المدح والذم في التبايع ولا يفسخ به ويؤثم فاعله لشبهه بالخديعة ومن المسكر والخديعة فيه الالغاز باليمين وقد نهى عن ذلك عمر والخلف فيه مكروه وان لم يلغز وروى ان البركة ترفع منه باليمين والمسامحة من المتابع في أن يقضى أفضل مما يجد ولذلك قال صلى الله عليه وسلم فان أفضلكم أحسنكم قضاء ويعجل القضاء ولا يبلغ المثل فهو قوله سمحا ان قضى ولا يعنف في سرعة الاقتضاء والله أعلم وهذا الذي أورده مالك من قول ابن المنكدر قدأورده الحافظ رواه محمد بن مطرف عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رحم الله رجلا سمحا اذا باع واذا اشترى واذا اقتضى أخرجه البخارى من حديث علي بن عباس ص قال مالك في الرجل يشتري الابل والغنم أو البزأ والرفيق أو شيئا من العروض جزافا فانه لا يكون الجزاف في شيء مما يعدددا ش وهذا على ما قال انه قال لا يباع شيء مما ذكرنا جزافا ولا يعلم في ذلك خلافا بين العلماء غير ان قوله ولا يكون الجزاف في شيء مما يعدددا يحتاج الى تفسير وذلك ان ما يعدددا ينقسم على قسمين قسم تختلف صفاته كاخليل والابل والغنم والرفيق وسائر الحيوان والسياب والعروض فان هذا لا يكاد جلة منها تتفق آحادها فهذا لا يجوز بيعه جزافا أو ما القسم الثاني فلا تختلف صفاته على الوجه الذي ذكرناه كالجوز والبيض فهذا اذا وجدت منه جلة فأكثرها تتفق

بها * وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد بن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى قال مالك في الرجل يشتري الابل أو الغنم أو البزأ والرفيق أو شيئا من العروض جزافا فانه لا يكون الجزاف في شيء مما يعدددا

صفات آحادها في المقصود منها فهذا يجوز بيعه على الجزاف مع كونه معدوما وقد قال القاضي أبو محمد يجوز الجزاف في كل مكيل كالخنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض في مبلغه دون أعيانه ولا آحاده وأما ليس بمكيل ولا موزون مما الغرض في أعيانه كالخيل والرقيق والثياب فلا يجوز فيه الجزاف لأن آحادها تحتاج أن تنفرد بالنظر إليها والمعرفة بصفتها وقيمتها في نفسها فوجه قول مالك لا يكون الجزاف فيما يعد عددًا يزيد بذلك ما الغالب من أمره أن يسهل عدده لقلته ولا يقدر بكيل ولا وزن ولكنه لسبب علة منع الجزاف فيه لا ما تقدم من اختلاف صفاته وتفاوت قيمته في الأغلب ومعنى قول القاضي أبي محمد أن الجزاف يجوز في المعدود كما يجوز في المكيل والموزون يريد المعدود الذي يتعدر بمبلغه بالعدد كما يتعدر المكيل بالكيل والموزون بالوزن ولا يقدر له غير ذلك وأما الخيل وسائر الحيوان والعروض فليس لها قدر تتقدر به وإنما اشترى كل واحد منهما لنفسه وانما بيعت الخيل وشقق الكتان إذا كثرت بالعدد فليس كذلك لأن العدد مقدار لها وانما ذلك يشق تقدير ثمن كل واحد منهما فيجعل لها ثمن واحد ويكون زيادة ثمن بعضها بنقصان ثمن غيرها وذلك لا يكون إلا بعد وزنه جميعا والفرق بين هذا المعدود وبين ما تقدم من أن تقدم لا يتفاوت قيم آحاده فانما يكون الغرر في مبلغه والحيوان والعروض يتفاوت قيم آحاده فيكثر الغرر في الجملة من وجهين أحدهما من جهة مبلغها ومنتهى عددها والثانية من وجه اختلاف صفاتها فانه لا يعلم كم في تلك الجملة من الجيد ولا من الدنيء فتمنع الجزاف فيه لكثرة الغرر وأبيع في القسم الاول لقلته والله أعلم وقد تقدم بسط الكلام في بيع الجزاف في الطعام بالطعام بما يغني عن اعادته والله الموفق بالصواب ص **قال مالك في الرجل يعطي الرجل السلعة فيبيعها وقد قومها صاحبها قيمة فقال ان بعثها بهذا الثمن الذي أمرتك به فلك دينار أو ثمن يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس لك شيء انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنها يبيعها به وسمى أجزاعها ما اذا باع أخذته وان لم يبيع فلا شيء له **قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامي الآبق أوجئت بجملتي الشارد فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح **ش وهذا على ما قال ان من أعطى رجل سلعة وقال له ان بعثها بثلث كذا فلك دينار فانه جائز بينهما وهذا من باب الجعل والأصل في جواز قوله تعالى قالوا انفق قد صواع الملك ولمن جاء به حل بعير وأنا به زعيم ومن شرط الجعل أن يكون غير مؤجل ر واه ابن المواز وابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه غير لازم للعامل فلو ضرب له أجل اقتضى ذلك اللزوم وانما يتقدر عمل الجعل بتمام العمل الذي يستحق العامل الجعل بتمامه كقوله ان بعث لي هذا الثوب بكذا فلك دينار أو ان بعته فلك دينار ولا يسمى ثمنًا وان جئتني بعبدى الآبق أو بعبي الشارد فلك دينار (مسئلة) ولا يجوز الجعل في عمل ان ترك العمل بقي للجاعل فيه ما ينتفع به قال ابن حبيب فلا يجوز أن يقول ان عملت لي شهرًا فلك كذا والافلاشي لك وما يعمل فيه المجمعول له على ضربين أحدهما أن يعمل في غير ملك الجاعل والثاني أن يعمل في ملكه فان كان يعمل في غير ملكه مثل أن يجعل له جعلًا في رد عبده الآبق أو جعله الشارد أو يحفر له بئرًا في غير أرضه فقد قال ابن حبيب يجوز الجعل في مثل هذا على ما قلنا وكثيرًا لا يعمل اذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شيء وأما الضرب الثاني وهو أن يعمل في ملك الجاعل وذلك مثل أن يجعل له جعلًا على أن يحفر له بئرًا في أرضه فلا يجوز على وجه العمل لأن الجعل مبنى على أنه لا يلزم العامل اتمام العمل لما فيه من الغرر فاذا حفر في ملك الجاعل ثم تركه قبل أن يكمله انتفع الجاعل بما عمله دون عوض فلم يجز ذلك وقد اختلف قول مالك في الجعل يجعل للمخصم على******

قال مالك في الرجل يعطي الرجل السلعة يبيعها له وقد قومها صاحبها قيمة فقال ان بعثها بهذا الثمن الذي أمرتك به فلك دينار أو ثمن يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس لك شيء انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنها يبيعها به وسمى أجزاعها ما اذا باع أخذته وان لم يبيع فلا شيء له **قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامي الآبق أوجئت بجملتي الشارد فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح**

ادراك ما يخصه عنه فيه والطبيب على ابراء العليل وقال في المدونة لا يجوز وقال سحنون وقدر روى
انه عنده جائز مثل أن يجعل له جعلاً على بيع ثياب أو رقيق فقد قال مالك في المدونة لا يجوز ذلك
الا في اقل دون ما كثر وجوز مالك الجعل في شراء كثير الثياب في المدونة ووجه ذلك انه كلما اشترى
شيئاً كان له من الجعل بحسبه ولو كان مثل هذا في البيع جاز وقدر روى ابن المواز عن أشهب عن
مالك انه ان اعطاه ثياباً وقال كلما بعته ثلثاً ثواب فلان كذا انه جائز وقدر روى أيضاً عن مالك في
الذي يجعل له في الرقيق يصيح عليهم وله في كل رأس يبيع درهم ولا شيء له ان لم يبع لا يصلح قال محمد
لانهم قصدوا بيع الجملة ولو قال على أن تباع منهم ثلث جاز وكذلك الثياب ومشله في العتية من
رواية ابن القاسم عن مالك فهذا وجه المسئلة عندي وانما سمع من ذلك فمن لا يكون له شيء من الجعل
حتى يبيع جميعها ولو سرت مثل هذا أن يشرى له مائة ثوب وله دينار ولا شيء له ان لم يشتري جميعها لم
يجز ذلك وانما يضرقان في اطلاق العقد بالبيع يقتضي أن لا شيء له الا بشرط والشراء يقتضي ان له
بحسب ما يشتري وذلك عرف جار بينهم مع أن جميع البيع معين ولا يصح ذلك فيما يشتري في
الأغلب (مسئلة) ومن سرت الجعل أن لا ينقد الجعل وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك
لا يصح الأجل في الجعل ولا النقد قال ابن حبيب الأجل تطوع به ووجه ذلك انه قد لا يتم ما جعل
له عليه فبرء ما قبض وفديتم فيصير له فتارة يكون جعلاً وتارة يكون سلفاً وذلك يمنع محته (مسئلة)
ومن شرطه أن لا يكون لازماً للعامل وله أن يترك متى شاء قبل العمل وبعده قاله مالك وأصحابه
ووجه ذلك أنه يكثر الغرر في العمل ويتفاوت فلوله مرد الآبق على كل حال ورد البعير الشارد
لتعذر عليه العمل وعظمت فيه المشقة مما يظهر له قبل أن يتمرغ في العمل فكان له أن يترك متى
شاء ولا يلزم الجاعل بنفس العقد ويلزمه اذا شرع العامل في العمل قال سحنون في العتية اذا
شرع العامل في العمل لم يكن للجاعل اخراجه وللجعله أن يخرج متى شاء ولو جعل له
جعلاً في رد آبق ثم أعتقه فان أعتقه بعد ان عمل وشخص فيه فله جميع الجعل وان لم يعمل شيئاً ولا
شخص فلا شيء له قاله أصبغ وهذا على ما قدمناه وفي الموازية قال عبد الملك من جعل في آبق جعلاً
ثم أعتقه فلا شيء فيه لمن وجده بعد ذلك وان لم يعلم بالعتق ولو أعتقه بعد ان وجده فله جعله فان كان
الجاعل عدياً فذلك في رقبة العبد لانه بالقبض وجب له الجعل قال أحمد بن ميسران كان العتق
بعد القدوم فكذلك وان أعتقه بعد عامه انه وجده لزمه جعله وان لم يجد عبده لم يصح عتق العبد حتى
يأخذ جعله مبدأ على الغرماء كارهن (مسئلة) ومن شرطه أن يكون الجعل غير معين أو يكون
معيناً لا يسرع اليه التغير فمن قال من جاءني بعبدى الآبق فله هذه الدنانير وهذا الثوب فجائز ولا
خير في أن يقول له هذا العبد وهذه الدابة لان ذلك يتغير وتسرع الحوادث اليه قاله مالك في الموازية
(مسئلة) ومن شرطه أن لا يكون له شيء ان لم يأت بما جعل له عليه الجعل قال مالك في الموازية
والجعل الجائز أن يقول ان لم يبع أو لم يجد فلا شيء له ووجهه انه اذا التزم له الجعل عمل أو لم يعمل
ففيه غرر كثير مستغنى عنه فعاد ذلك بفساد العقد (فرع) واذا عقد وقع عقد الجعل على وجه الفساد
في المدونة عن مالك فبين قال ان جئتني بعبدى الآبق فلان نصفه فان جاءه فله أجره مثله وان لم يأت به
فلا جعل له ولا جارة والذي روى ابن حبيب عن مالك في هذه المسئلة ان جاء به فله جعل مثله وان
لم يأت به فلا شيء له وقد قال ابن المواز ان في الجعل الفاسد اجارة المثل والفرق بين الجعل
والاجارة ان الجعل اذا انعقد قبل العمل على عمل مجهول فاما له في ذلك ما يجعل على مثل المجهول
فيه على الوجه الذي علم من حاله أو يظهر منها يوم الجعل ولا ينظر الى ما كان بعد ذلك من مشقة عمل

أو كثرته أو ملته أو خفته والاجارة انما تكون في عمل معلوم فاذا عمل كان له من الأجر بحسب ما عمل دون ما كان عقد عليه يوم العقد لكنه لما خرج العقد مخرج الجعل لم يكن له شيء ان لم يأت بدلائله على ذلك دخل وان أتى به كان له أجر مثله على قدر نصيبه وتعبه وطول مسافة طلبه فوجه القول الأول ان العقد اذا تنوع الى صحة وفساد فان فاسده يرد الى صحته ولا ينقل الى غيره من العقود كالبيع ووجه القول الثاني ان الاجارة هي الاصل وانما جوز الجعل في العمل المجهول والغرر للضرورة ولذلك كان عقدا غير لازم للعامل فاذا وقع فاسدا وقات رد الى الاجارة التي هي الاصل وقد وقع مثل هذا الاختلاف لأصحابنا في القراض الفاسد يرد الى قراض المثل والى أجر المثل والله أعلم (فرع) وقد قال ابن القاسم في العتبية والواضحة في الذي يقول من جاء في بعدي الأبق فله هذه الدابة ان وجده فله جعل مثله وان لم يجد فله أجر مثله وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون جاء به أو لم يجبه به فله أجر مثله اذا شخص فيه فيجىء على مثل هذا بين الجعل والاجارة فرق آخر وهو ان جعل مثله انما يكون له جعل مثله على حسب ما يجعل مثله في عنائه ونهضته ومعرفة ونفوذه في مثل رد ذلك الأبق ان جاء به وان لم يأت به لم يكن له شيء وأما أجر المثل فانه يكون له أجر مثله سواء جاء بما استوجبه عليه أو لم يأت به لان ذلك مقتضى الاجارة وقد قال ابن القاسم في المدونة في استأجر رجلا يبيع له ثوبا بدرهم شهرا ان ذلك جائز اذا كان ان باع قبل تمام الشهر أخذ من الأجر بحسب ما عمل من الشهر وان انقضى الشهر وهو بسوقه ولم يبعه فله جميع الأجر وهو كله قول مالك ووجه ما تقدم ص قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا في كل دينار شيء يسمي به فان ذلك لا يصلح لانه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذي سمي له فهذا غرر لا يدري كم جعل له ش وهذا على حسب ما قال ان من قال لرجل ببيع لي ثوبا ولك من كل دينار جزء منه أو درهم لم يجز لانه لم يسم ثمنيا يبيع به واذا لم يكن الثمن معلوما كان جعل العامل مجهولا ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا لانه لا ضرورة تدعو الى ذلك وانما جاز أن يكون العمل مجهولا للضرورة الداعية الى ذلك وأيضا فان العمل لما كان مجهولا كان العامل بالخيار في تركه متى شاء فتقل مضرت له لانه اذا رأى ما يكره من مشقة العمل كاره له الترك والجعل في جنبه الجاعل لازم فلا يصح أن يكون مجهولا لانه لا يقدر على أن يتخلص من مضرة غرره اذا شاء (فرع) فان باع على ذلك فله جعل مثله وان لم يبع فلا شيء له رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ولوقال ان بعته بعشرة فلك من عدد دينار ربعة أو عشرة أولك منه درهم جاز لأن الجعل حصل معلوما فذلك جائز فيه (فرع) وان باع بأكثر من عشرة ففي العتبية لابن القاسم ليس له الا سدس العشرة ووجه ذلك أنه لما جعل جعله الجزء المسمى من العشرة فازاد من الثمن فذلك سواء لانه لم يوجد منه غير البيع مما يستحق فيه الأجرة وكذلك لو قال ببيع هذا الثوب ولك درهم أو دينار كان كما قدمناه والله أعلم (مسألة) ولو قال ان بعث هذا الثوب فلك درهم وان لم تبعه فلك درهم قال ابن المواز هي اجارة وهي جائزة ان ضرب لها أجلا ووجه ذلك أن الدرهم لزمه باع أو لم يبع فان لم يضرب للعمل أجلا كان على نهاية الغرر لأنه يعرضه ثم يرد به اليه وقد استوجب الدرهم (مسألة) ولو قال ان بعته فلك درهم وان لم تبعه فلك نصف درهم لم يجز وهاتان اجارتان في اجارة ولا يجوز أن يقول له بعه فإزاد على عشرة دراهم فلك لان الجعل مجهول قد دخله الغرر قاله مالك (مسألة) ولو قال ان بعث اليوم هذا الثوب فلك درهم في الموازية والواضحة لا يجوز على الاطلاق وفي المدونة لا خير فيه الا أن يشترط انه متى شاء

قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا في كل دينار شيء يسمي به فان ذلك لا يصلح لانه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذي سمي له فهذا غرر لا يدري كم جعل له

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه سأل عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكرها بأكثر مما تكراها به فقال لأناس بذلك

مالك والشافعي وطاوس وجاعة من العلماء قال القاضي أبو محمد أنه أن يكرها بمثل ما أكرها به وأقل
وأكثر لانه عاوض على ملكه كبائع الأعيان وقال أبو حنيفة من استأجر دارا أو دابة فليس له أن
يؤجرها حتى يقبضها وليس له بعد قبضها أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به قال ابن سيرين والنخعي
والشعبي (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإنه يجوز جارة كل ما يعرف بعينه مما يصح بدل منافعه كالدور
والعبيد والدواب والثياب وغير ذلك من المواعين وأما ما لا يعرف بعينه كالمكيل والموزون فلا تصح
إجارته قال القاضي أبو محمد وإجارته قرضه والأجرة ساقطة عن مستأجره وهذا قول ابن القاسم وكان
شيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه إذا كان المالك حاضرا معه وجه
قول ابن القاسم أن الإجارة معاوضة على منافع الأعيان دون الأعيان وإذا كانت الدنانير والدرهم
والمكيل والموزون لا يصح الانتفاع به مع بقاء العين لم يصح أن يستأجر ووجه القول الثاني أن
الانتفاع بها يمكن مع بقاء عينها بأن يضعها المستأجر بين يديه يكثرها ويحمل وله غرض بأن يرى الناس
أن معه مالا كثيرا فيستأجر ويأكله ويأكله يكون المالك معه ثلاثين نفقا المستأجر ويعطيه بدلها
ويزيده الأجرة فيكون قرضا بعوض وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد من قول ابن القاسم والشيخ
أبي بكر ليس بخلاف لأن ابن القاسم إنما منع استئجارها بالمنفعة المقصودة منها وليس المقصود من
الدنانير والدرهم ما أباح استئجارها به الشيخ أبو بكر وهذا كما يقال لا يجوز استئجار الشجر لمنفعتها
المقصودة لانه يبيع الثمر على بدو صلاحه ولا بأس أن يستأجرها ليد عليها الجبال ويسقط الغسال الثياب
عليها وما جرى مجرى ذلك مما ليس من منافعها المقصودة والله أعلم (مسئلة) عقد الإجارة لازم من
الطرفين ليس لاحد من المتعاقدين فسخه خلافا لأبي حنيفة في قوله أن المكري فسخه للعبد مثل
أن يكثرى حال السفر ثم يبدوله أو يمرض فله الفسخ أو يكثرى دارا ثم يريده السفر أو دكا يتجر فيه
فيعترق متاعه والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والأمري يقتضي
الوجوب ومن جهة المعنى انه عقد معاوضة محضة فكان لازم بالشرع كالبيع ووجه آخر أن كل
معنى لا يملك فيه المكري فسخ الإجارة فانه لا يملك المكري فسخه لانه كالغلاء والرخص (مسئلة)
يجوز شرط الخيار في الإجارة معينة كانت أو مضمونة خلافا للشافعي لأن المنافع أحد نوعي ما يقصد
بالمعاوضة المحضة فجاز اشتراط الخيار فيها كالأعيان قاله القاضي أبو محمد (مسئلة) والإجارة على
ضربين إجارة متعلقة بعين وإجارة متعلقة بالذمة فأما المتعلقة بالعين فثل أن يكثرى منه دابة معينة وأما
المتعلقة بالذمة فثل أن يكثرى منه دابة يأتيه بها يعمل عليها عملا متفقا عليه قال القاضي أبو محمد وكل
ذلك جائز لانه لما جاز بيع الدابة المعينة جاز له بيع ما يجوز بيعه من منافعها ولما جاز له أن يبيع دابة
موصوفة في ذمته جاز أن يبيع منافعها (فرع) إذا ثبت ذلك فلا يجوز أن يكثرى الدابة المعينة
كراء مضمونا قال مالك في المدونة ووجه ذلك أن التعيين ينافي الضمان فان المعينة يتعلق الضمان
بها والكراء بعينها ومعنى ذلك منافعها المختصة بها لا يقوم غيرها في ذلك مقامها والكراء المضمون
يتعلق بذمة الكري فلا يصح اجتماعهما فاذا هلك الدابة المعينة انفسخت الإجارة بينهما وكان
للكري على الكري من ثمن المنافع بقدر ما بقي له منها فلا يجوز له أن يأخذ منافع دابة أخرى لأن
ذلك فسخ دين في دين (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الكراء على الضربين المذكورين يتقدر عمله
بما قدمناه بالعمل وبالزمن فالعمل مثل أن يقول اركب هذه الدابة إلى الرملة وإلى مصر وإلى بركة
أو إلى مكة وأما المقدرة بالثمن فثل أن يكثرى منه دابة ليركبها شهرا ولا بد من تقدير ما يكثرى عليه بأحد

الأمرين ليسكون للعمل مقدار معلوم والا كان مجهولا وذلك يمنع صحة العقد عليه ولا يجوز أن يجمع
التقديران لأن ذلك غير لجواز أن يحصل أحدهما دون الآخر وقد تقدم القول في ذلك (مسئلة)
ويجوز أن يكون العمل حالا ومؤجلا ووجه ذلك أحد نوعي معاوض فيه المعاوضة المحضة فجاز أن
يكون حالا ومؤجلا أو حاضرة أو غائبة فإن كانت غائبة لم يجز النقد فيها حتى تحضر وفي كتاب محمد
عن مالك أن اشترط تأخير النقد إلى البلوغ فذلك جائز ووجهه أن النقد لا يجوز فيها حتى تحضر فإذا
حضر جازت حين النقد بالشرع والشرط (مسئلة) وإن كانت حاضرة فهل يجوز اشتراط
ركوبها بعد شهر أو شهرين قال ابن القاسم في المدونة لأبأس به ما لم ينقد وقال غيره لا يجوز ذلك
وجه قول ابن القاسم أن الضرر اليسير جائز في العقود لا سيما مع عدم النقل والظاهر من أمرها السلامة
والفرق بين الإجارة في المعين إلى شهر وابتاعه إلى شهر أن المنافع المعقود عليها غير معينة ولا موجودة
ولعدم التعيين تأثير في منع التأخير ووجه آخر وهو أن البيع يقتضي تعجيل النقد والإجارة تقتضي
تأخير النقد حتى تستوفي المسافع فلم يؤثر تأخير قبض المنافع في العقد تأثير يخرج به عن مقتضاه وفي
البيع أن يحل دخله تارة يبيع وتارة سلف وإن أخر فقد أثر فيه ما يخالف مقتضاه (فرع) إذا قلنا
لا يجوز النقد فيما بعد ويجوز فيما قرب ففي الموازية عن ابن القاسم لا يعجبني أن ينقد الكراء
إلى عشرة أيام ووجه ذلك أنه مدة يكثر فيها تغيير الحيوان لا سيما مع استخدام صاحبه واتعابه إياه
فيأمر يده ويعجبه فيحتاج بتغييره إلى رد الكراء فيكون تارة كراء وتارة سلفا (مسئلة) إذا
ثبت ذلك فإن إطلاق عقد الكراء في منافع الدابة المعينة لا يقتضي تعجيل النقد خلافا للشافعي
والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه
ومعلوم أنه ندب إلى تعجيل قضاء حقه فاقضى ذلك أنه وقت استحقاقه وأنه لم يكن يستحقه قبل ذلك
ودليلنا من جهة المعنى أنه أحد نوعي معاوض عليه دون ذكر تأجيل فلم يجب تسليم الثمن إلا عند
استيفاء المضمون كالأعيان (مسئلة) إذا أطلق العقد فإن كان للبلد عرف من نقدا وتأخير جازوا
عليه والا فكلما عمل جزأ من العمل استحق بقدره من الأجرة قاله القاضي أبو محمد وغيره ووجهه
ما تقدم (مسئلة) وهذا إذا كانت الإجارة في الذمة فإن كانت معينة بأن استأجر أجرا بعلم شهر
بشوب فإن كان كراء الناس عندهم على النقد أجبر على تسليم الثوب وإن لم يكن بالنقد لم تصلح الإجارة
ولا الكراء بذلك إلا أن يشترط النقد ووجه ما احتج به ابن القاسم من أنه مبيع معين لا يقبض إلا
بعد شهر فذلك لا يجوز باتفاق قال ابن القاسم والعروض والطعام في هذا سواء وقال ابن حبيب
الكراء بهذا كله جائز وإن كان سنة الناس من التأخير فهو على التعجيل حتى يشترط التأخير
تصريحاً وقاله من أَرْضَى من أصحاب مالك وجه قول ابن القاسم أن إطلاق العقد محمول على
العرف ووجه قول ابن حبيب لا حكم للعرف الفاسد وإنما التأثير والحكم للعرف الصحيح (مسئلة)
وأما أن شرط أن يمسه الثوبين والثلاثة أن كان يمسه الثوب ليلبسه أو الخادم لخدم أو الدابة
لركوبها يوماً أو يومين أو يحبس ذلك للاستيناق للشهاد أو نحوه فلا بأس بذلك فإن كان بغير منفعة
فقد قال ابن القاسم لا يعجبني ذلك ولا أفسخ به البيع ووجه ذلك قصر المدة وقلة الضرر فيها فإن كان
لغرض فلا كراهية فيه وإن كان لغرض صريح فهو مكروه وليس فيه من الضرر ما يفسد به البيع
(فصل) فأما الكراء المضمون فإنه يجوز أن يكون معجلاً بخلاف السلم على المشهور من المذهب
ووجه ذلك أن المنافع هنا حكمها لا يجوز أن يعقد منها إلا على موجود مع الإجماع على جوازها فمن

يعتبر بقوله ولذلك قال تعالى انى أريد أن أنسحبك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجيج
 فاذا ثبت ذلك فالتعيين في العين المعقود على منافعتها انما هو تعيين لعين المعقود عليه فاذا جاز العقد
 على منافع دابة معينة مؤجلة فكذلك على منافع دابة غير معينة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم
 كراء الراحلة المضمونة الى أجل على تعجيل الكراء لثلايدخله الكالى بالكالى وهل يجوز
 فيه التأخير * قال مالك اذا تكارى كراء مضمونا كالتكارى الى غير الحج في غير ابانه فليقدم منه
 الدينارين ونحوهما ولا يجوز في غير ذلك من المضمون يتأخر فيه الركوب أن يتأخر شيء من النقد
 وروى أبو زيد عن ابن القاسم اذا قدم اليه في الكراء المضمون الدنانير حتى يأتي بالظهر فلا بأس
 بذلك وكمن مكر يهرب بالكراء أو يترك أصحابه وروى ابن المواز عن مالك انه كان يكره تأخير
 النقد فيه الآن ينقدا كثر الكراء أو ثلثيه ثم قال وقد قطع الاكرىا أموال الناس فلا بأس بتأخير
 النقد ونقده الدينار ونحوه وسواء كان تأخيره بشرط أو غير شرط ما لم يشترط أجلا بعد تبليغ
 الجولة فلاخيره فيه فلم يختلف قول مالك في الكراء للحج واختلف قوله في الكراء لغير الحج وآخر
 ما قاله فيه الجواز للضرورة العامة الشاملة (مسئلة) فان كان الكراء المضمون حالا وشرع
 في الركوب فلا يحتاج الى نقد لان أحد الطرفين قد تعجل وأخذه في الركوب وتماديه فيه يقوم
 مقام استعجاله كما يقوله في المقاي والمبطخة وانه يجوز بيعها بالدين وان كان المعقود عليه لم يختلف
 أكثره لانه في حكم الموجود لسابقه وتتابعه (مسئلة) والمركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف
 فالشاهد يشار اليه بأن يقال أكثر تلك هذه الراحلة أو الدابة أو العبد والموصوف لا بد فيه من ذكر
 الجنس للحمل وما يصلح للركوب والذكر أصعب من الانثى فلا بد أن يبين قاله القاضي أبو محمد
 (مسئلة) ولا تعين الدابة ولا السفينة بكونها في ملك المسمى وقد قال مالك في العتية والموازية
 في الذي يكثر من رجل على أن يحمله على دابة أو سفينة لم يسمها وله دابة أو سفينة أحضرها ولم
 يعلم غيرها الا انه لم يقل يحملنى على هذه فهلا سكت بعد أن ركب فعلية أن يأتي بدابة أو سفينة غيرها
 وذلك على الضمان ومتى اشترط انى أكرىك هذه بعينها ينفسخ الكراء بهلاكها أو يكرى منه جزء
 من هذه السفينة فان ذلك يكون كالتعيين قال القاضي أبو الوليد أبدء الله وهذا عندي بما يتصور
 على ما قدمناه من ان المضمون موصوف على أحد وجهين اما أن يكونا قد توصفا ما وقع عليه
 الكراء فهذا تصرح بالكراء ثم أحضره ما في ملكه قضاء عن المضمون واما ان لا يكونا توصفا
 شيأ فيكون ما أحضر من الراحلة في عدم التعيين يقوم مقام الوصف لما عدا عليه فيكون
 الاحضار قبل العقد وهذا أظهر لقوله يحملنى على دابة أو سفينة ولم يسمها يتعلق العقد بشئ تام
 غير تعيين ولا يجوز الزام العقد فيه الا على الوصف على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) ذكر القاضي أبو محمد ان الظاهر من مذهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يختص بالعين
 المعقود عليها وان عينت لذلك فاعما هو كالوصف لا تنفسخ الاجارة بتلفه بخلاف العين المستأجرة
 تتلف وذلك مثل أن يستأجره على رعاية غنم باعيانها وخياطة قميص بعينه فهلك الغنم ويحترق
 الثوب فان العقد لازم لا ينفسخ وعلى المستأجر أن يوفى جميع الاجرة ويأتى ان شاء بغنم مثلها وقد
 قيل ان العين التي تستوفى فيها الاجارة تعين بالتعيين فتفسخ الاجارة بتلف المحل المعين قال ووجه
 القول الاول ان عقدا الاجارة لازم من الطرفين فلو كان يختص الاستيفاء بمحل معين لمالزم من جهة
 المسمى لأن له يسع متاعه وغنمه بعد الاستئجار عليها ووجه القول الثانى ان هذا أحد المحلين

بالاجارة فتصح بعينه كالعين التي تستوفي فيها من المنافع لأنه اذا استأجر دابة ليركها فهلكت بطلت
الاجارة فلذلك اذا عين من يركبها أو القميص الذي يخطه أو الغنم التي يرعاها يجب أن تنفسخ الاجارة
بتلف ذلك ولأنه يجب ذلك في الظئر تستأجر لرضاع صبي والطبيب لعلاج مريض أو قلع ضرس اذا
مات الصبي وبرى المريض فكذلك سائر ما يستأجر عليه وهذا الذي قاله أبو محمد فيه نظر وظاهر
المذهب على خلاف هذا وذلك ان محل استيفاء المنافع ينقسم على ثلاثة أضرب ضرب لا يختلف
بالجنس ولا يختلف أعيانه كحمل القمح وحل الشعير وحل الشقة فهذه الثلاثة في تعيينه لأنه لا خلاف
بين حل قمح وحل قمح آخر من جنسه في مثل وزنه ولا تستضر الدابة بحمل أحدهما الا مثل
استضرارها بالآخر فلا يتعين بالعقد عليه وقد قال ابن الموزان ولو أحضر متاعا كثرى عليه لم يكن
ذلك تعيينا له ولو اشترط أن لا يعدوه ولا يأتي بغيره ولم يبدله لم يجوز ذلك فان حل فله كراء مثله ووجه
ذلك انه ما لم يكن في عينه غرض صحيح فانه لا يتعين بالعقد كالدنانير والدرهم والجزء من الجلة
(فرع) فاذا قلنا ان ما تساوت عاله في أن استيفاء المنافع لا يتعين بالعقد عليه فانه يتعلق العقد به
في الذمة من ذلك الجنس فمن استأجر على حل متاع فتلف ذلك المتاع لم تنفسخ الاجارة وكان على
المستأجر اذا جيع الاجارة ويأتي بمثل المتاع بحمل له ان شاء (فرع) فان شرط تعيينه وان لا
يعدوه الى غيره فقد تقدم من قول ابن الموزان انه لا يجوز لأنه من شرط في مضمون انه متى عينه ثم
تلف قبل استيفاء الحق منه بطل الحق بطلانه وفسد العقد للشرط المدخل للغرر لأن من شرط
المضمون لا يبطل العقد فيه بالاستيفاء دون الاحضار للاستيفاء ألا ترى ان من سلم في عدد من
الطعام على انه متى أحضره صبره من جنس ذلك الطعام فتلف قبل الكيل انه يبطل السلم فان هذا
الشرط يبطل السلم والله أعلم (مسألة) اذا ثبت ذلك فانه لا يحتاج الى وصف الزاكب خلافا
للشافعي لما قدمناه وذلك ان الاجسام في الاغلب متقاربة فلم يحتج الى تعيينه بالوصف ولا بارؤية
فان جاء برجل فادح عظيم الخلق خارج عن المعتاد لم يلزمه قال القاضي أبو محمد لأن هذا نادر ولا
يتعلق العقد الا بالمعتاد دون النادر

(فصل) والضرب الثاني ضرب يختلف أعيانه بتباين أغراضه كالعليل يستأجر الطبيب على
علاجه والمرضع تستأجر الظئر على رضاعه والمعلم يستأجر على تعليم الصبي ورياضة الدابة وما
جرى مجرى ذلك فان هذا يتعين بالعقد ولا يجوز العقد منه على مضمون في الذمة لاختلاف الناس
وتفاوتهم في أمراضهم واختلاف الاطفال في كثرة الرضاع وقلته مع مشقة تناول أحوال بعضهم
وكذلك من يعلم القرآن والصنائع يتفاوتون في التعليم للاختلاف في الذكاء وقبول التعلم

(فصل) والضرب الثالث يختلف أعيانه اختلافا يسيرا كالغنم والماشية يستأجر عليها من يرعاها
ويحفظها فيختلف الجنس من الماشية وسكونها وأنسها وليس بكثير اختلاف في مثل هذا الجمهور
من أصحابنا على انها لا تتعين بالعقد لتقارب أحوال الجنس منها وأما صفة العقد فقد قال ابن القاسم
لا يصلح العقد عليها الا بشرط خلف ما هلك منها وقال غيره يجوز ذلك من غير شرط والحكم بوجوب
له ذلك وأما الذي يراه من ذلك فكالمصفة (مسألة) ولو استأجر على حصاد زرع في بقعة معينة
ففي الموازية من رواية أشهب عن مالك ان هلك الزرع انفسخت الاجارة قال ابن القاسم الاجارة
قائمة ويستعمله في مثله وجه قول مالك اختلاف حال البقع بالقرب والبعد وتغير المثل لا سيما فيما
يقرب ويكون للمستأجر فيه رفق وجه قول ابن القاسم ان عمل الحصاد لا يختلف في الزرع فلذلك
لا يتعين بالعقد على حصاده كحمل الاحال والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب المساقاة ﴾

﴿ ماجاء في المساقاة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود
خير يوم الفتح أقرمكم فيها ما أقرمكم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله
صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرس بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي
فكانوا يأخذونه ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يبعث عبد الله بن رواحة إلى خير فيخرس بينه وبين يهود خير قال فجمعوا له حلياً من حلى نسائهم
فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم فقال عبد الله بن رواحة يا معشر اليهود والله انكم لمن
أبغض خلق الله إلى وما ذاك بحاملي على أن أحيف عليكم فأما ما عرضتم من الرشوة فأنها سحت وأنا لا
نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والأرض ﴿ ش قوله انه قال ليهود خير يوم افتتح خير يريد
في ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها كما يقال قال كذا يوم بدر وفعل كذا يوم أحد
وانما جرى ذلك في الأيام المضافة إليها

(فصل) وقوله على ما أقرمكم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم يقتضي أن النخل صارت لرسول الله
صلى الله عليه وسلم وللمسلمين دون أهل خير ولذلك كان لهم بالعمل بعض الثمرة واختلف العلماء في
افتتاح خير فقال بعضهم افتتحت عنوة لما روى عبد العزيز بن صهيب عن أنس أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم غزا خير فأصبناها عنوة وقال آخرون افتتحتها بعنوة وبعضها صلحاً وهو الذي
رواه مالك عن ابن شهاب والكشيبة أكثرها عنوة وفيها صلح قال مالك والكشيبة من أرض خير
أربعون ألف عرق وقال موسى بن عقبة كان مما أفاء الله على المسلمين من خير نصفها فكان
النصف لله ولرسوله والنصف الآخر للمسلمين فكان النصف الذي لله ولرسوله الكشيبة والوطيح
والسلام ووجرة والنصف الذي للمسلمين بطله والشق وهذا يقتضي أن معنى الصلح أنهم تخلوا عن
النخل والأرض فعلى هذا تقرران جميع الأرض والنخل لله ولرسوله وللمسلمين (مسئلة) فاما أن
كان على وجه الصلح فذلك كله لله ولرسوله قال القاضي أبو اسحق قال وكان سبيل ذلك سبيل
النضير وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم بفدك وما كان من خير بقتال وقسمها رسول الله صلى
الله عليه وسلم بين من حضرها من المسلمين وبين من غاب عنها من أهل المدينة خاصة لأن الله تعالى
وعدهم بها يريد قوله تعالى وعدكم الله مغنم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه (مسئلة) وظاهر
قوله أقرمكم على ما أقرمكم الله يقتضي أن ذلك كان عند المساقاة ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق
منه على معلوم بعبارة أو غيرها وقد ذهب إلى جواز المساقاة مالك والشافعي وجهور الفقهاء ومنع
جوازها أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خير ليهود على
أن يعملوها ويرعوها ولم شرط ما يخرج منها ومن جهة القياس أن التمر نوع مال يزكو بالعمل
لا يجوز أن يكون لمنفعة المقصودة فجازت المعاملة عليه ببعضها (مسئلة) وهذا اللفظ لا يتناول
العقد على مدة يازم العقد في جميعها وانما يازم في مقدار منها فاما المساقاة فأنها تازم في عام واحد لانه
لا يمكن أن تتبع بعض وكذلك كلما شرع العامل في عام لزم العقد في ذلك العام وكذلك المتساقيان

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب المساقاة ﴾
﴿ ماجاء في المساقاة ﴾
﴿ حدثنا يحيى عن مالك
عن ابن شهاب عن سعيد
ابن المسيب أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال
ليهود خير يوم الفتح أقرمكم
فيها ما أقرمكم الله عز وجل
على أن الثمر بيننا وبينكم
قال فكان رسول الله
صلى الله عليه وسلم يبعث
عبد الله بن رواحة
فيخرس بينه وبينهم ثم
يقول ان شئتم فلكم وان
شئتم فلي فكانوا يأخذونه
﴿ وحدثنى مالك عن ابن
شهاب عن سليمان بن يسار
أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان يبعث عبد
الله بن رواحة إلى خير
فيخرس بينه وبين يهود
خير قال فجمعوا له حلياً
من حلى نسائهم فقالوا له
هذا لك وخفف عنا
وتجاوز في القسم فقال
عبد الله بن رواحة يا معشر
اليهود والله انكم لمن
أبغض خلق الله إلى وما
ذاك بحاملي على أن أحيف
عليكم فأما ما عرضتم من
الرشوة فأنها سحت وأنا
لأنا كلفا فقالوا بهذا قامت
السموات والأرض

بالخيار فيما بعده وقد قال مالك في الرجل يكثر من الرجل داره على شهر بدببار أو كل عام بدببارين أن ذلك جائز ولكل واحد منهما في الاجارة أن ينأى على العمل وأن ينزكه ماشاء وكذلك المساقاة لكل واحد منهما ترك ذلك ما لم ينشر العامل في عمل سنته فتلزمه تلك السنة وقال عبد الملك يلزم أجرة جزء واحد مما جعله عملا على حساب الاجرة من شهر أو سنة وجهه الرأية الاولى أن العقد لم يقع على شيء مقرر يلزم فيه وانما هو مبني على أن ما اتفقا عليه لزمهما بالاستيفاء من حساب ما قرراه ولهما أن يزيدا ماشاء مما اتفقا على ذلك ومن أراد منهما الترك فذلك له اذ ليس بينهما عقد يلزم أحدهما وجميع المدة في ذلك على كل واحد فاذا كان الخيار لكل واحد منهما في الشهر الثاني والسنة الثانية فكان ذلك الاولى ووجه القول الثاني أن عقد الاجارة عقد لازم وأقل ما يقع عليه العقد ما ذكره من المدة المقدرة فيجب أن يلزم فيه ويكون الخيار فيما بعده

(فصل) وقوله على أن الثمرة بيننا وبينكم يقتضي المشاركة وليس في هذا اللفظ تحديد جزء العامل من الثمرة غير أن الظاهر المساواة ولعله قد تبين ذلك لهم فنقله الراوي على هذا اللفظ لما كان ظاهره المساواة وتدرى عن ابن عمر أنه قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر النصف وأبو بكر وصدا من خلافة عمر (مسئلة) ويقتضي مع ذلك المساواة في الحوائط كلها وان كان بعضها أفضل من بعض وقد قال ابن القاسم في العتبية لأب أن يساقية حائطين على النصف جميعا وعلى الثلث قال مالك في الموازية ويجوز أن يكون أحد الحائطين بخلاف الآخر أصناف النجر ويكون بعضها أفضل من بعض سقيا واحدا وان كان بعضها بعلا وبعضها سقيا فان كان على مساقاة مختلفة فلا خير في ذلك ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى خيبر كلها على النصف وفيها الجيد والردى ومن جهة المعنى أن عقد المساقاة بمعنى حكم القراض فكلا لا يجوز أن يدفع اليه مالين على وجه القراض بعقد واحد وعلى أجزاء مختلفة لم يجز ذلك في المساقاة ولما جاز أن يدفع اليه جنسين من العين ورقا وذهبا في عقد واحد على جزء واحد جاز مثله في المساقاة (فرع) فاذا قلنا أنه لا يجوز عمل في عقد واحد على أجزاء مختلفة فان عمل على ذلك رد إلى مساقاة مثله وكذلك لو عاقده السنتين بأجزاء مختلفة لم يجز فان عمل على ذلك جميع السنتين فله مساقاة مثله فيما مضى وفيما بقي ولا يفسخ ما بقي وقاله في الموازية ووجه ذلك أنه انما يلزمه مساقاة جميع السنتين لانه انما أخذ بعضها بسبب بعض فقد ينفق في أول عام ليستغل أعواما فاذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها (مسئلة) وان كان في عقود مختلفة على أجزاء مختلفة جاز ذلك قاله في الموازية ولا يجوز مثل هذا في القراض لان عقد القراض عقد جائز وعقد المساقاة عقد لازم فاذا عقد معه في حائط على النصف ثم عقد معه في حائط آخر على الثلث لم يتعلق أحد العقدین بالآخر فجاء ذلك

(فصل) وقوله فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث ابن راحة للخصر ص ظاهر اللفظ يقتضي تكرر رخصه لهم وقال الشيخ أبو اسحاق في زاهيه خرس عليهم عاماتم قتل بموته فقدم غيره ويحتمل أن يريد خرس أموال المساقاة لما يجب فيها من الزكاة لان مصرف الزكاة في غير مصرف غلة أرض العنوة ونخلها لان الزكاة لا تصرف الا الى الأصناف التي ذكر الله تعالى في كتابه في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين والآية وأما غلة أرض العنوة فان الامام يعطيها من يستحقها من الأغنياء والفقراء ولذلك كان يخرصها ليميز حق الزكاة من غيرها وقد قال ابن مزين سألت عيسى عن فعل ابن راحة اذا كان يخرص تمر خيبر الذي أقره النبي صلى الله عليه وسلم

بأيدي اليهود مساقاة ثم يقول لهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلي فلكوا يأخذون أيجوز ذلك للمساكين والشريكين فقال لا يعمل بذلك ولا يصلح انقسامه الا كيلا الآن تختلف حاجتهما اليه فيقتسمانه بالخرص وهذا الذي قاله عيسى عليه السلام انه تأول الخرص للقسمة خاصة وادا كان الخرص للزكاة لزم اخراجها من جميع ثمر الحائط ان كان العامل ذميا أو عبدا لان الزكاة انما تعتبر بحال مالك الأصل فان كان صاحب الأصل مسامحا فالزكاة في جميعه وان كان صاحبه عبدا أو ذميا فالزكاة في شيء منه لان العامل انما يملك حصته من الثمرة بالقسمة والزكاة تجب فيها قبل ذلك ببداو الصلاح وبتقدم ذكره (مسئلة) ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة لانه قد علم اختلاف حاجتهما اليه لان اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطباً والصحابه لا يمكنهم ذلك ولا يحتاجون اليه الاثرا وقد قال مالك في الشمر كاه في الحائط تختلف حاجتهم الى الثمرة فبعضهم يريد البيع وبعضهم يريد أكله رطباً وبعضهم يريد أن ذلك يبيع قسمته بينهم بالخرص وان اتفقت حاجتهم فان أراد جميعهم البيع أو أكله رطباً أو ثمر لم يقسم بينهم بالخرص وتقدم ذكره في القسمة

(فصل) وقول ابن رباح ان شئتم فلكم وان شئتم فلي عليه عيسى على أنه كان يسلم اليهم جميع الثمرة بعد الخرص ليضفوها حصص المسلمين من الثمرة ولو كان هذا لم يجز لان بيع الثمرة بالثمره بالخرص في غير العربية وانما يجوز مثل هذا في الزكاة أن يخرص عليهم ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجب الخرص عليهم على سنة الزكاة في أموال المسلمين لان أصل الحوائط لهم فاذا حملناه على هذا الوجه فعنى قوله ان شئتم فلكم وان شئتم فلي على سبيل التحقيق لصحة خرصه فيقول لهم ان شئتم أن تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا زكاة ما خرصت عليكم والا فانا أشتريها من التي بمثل ما يشتري به فيخرج هذا الخرص الذي خرصه وذلك معروف لمعرفتهم بسعر الترف فلكوا يأخذونه لتحقيقهم صحة قوله وان قلنا ان المراد به خرص الثمرة لا قسمة لاختلاف الحاجة فعنى قوله ان شئتم فلكم هذا النصف وان شئتم فلي ولكم هذا الآخر على معنى التخيير لهم في النصفين ليأخذوا أيهما شاؤا لتحقيقه التساوي في ذلك فلكوا يأخذون الذي يسر لهم ويخصهم به اما لان ذلك أنفع لهم وأقرب لمساكنهم أو بعدد الدخول فيه عليهم أو لمعنى من المعاني أو لانهم فرحوا به وسألوه اياه بين ذلك ان وقت طيب النخل أو بعد ذلك مادامت في رؤس النخل ليس بوقت قسمة ثمرة المساقاة لان على العامل أخذها والقيام عليها حتى يجري الصاع أو الوزن سبب ذلك ان الخرص قبل ذلك لم يكن للقسمة الا بمعنى اختلاف الأغراض والحاجات على ما تقدم

(فصل) والظاهر في قوله لجماعتهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلي ان كان على وجه المساقاة لاختلاف الأغراض والحاجات يقتضى انه ساقى جميعهم جملة واحدة في جملة الحوائط ولم يخص كل انسان منهم بحائط أو حوائط ولذلك قال مالك قد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خير على مساقاة واحدة على النصف وفيها الجيد والدنيء ولا تعلق له في هذا الا أن يكون عقد على جميعها عقداً واحداً وان كان في غالب الحال يختلف ما عوقدوا عليه لاختلاف الحوائط مع جواز المساقاة على أكثر من النصف وأقل ولا اختلاف انه يجوز لصاحب الحائط أن يساقى فيه جماعة

(فصل) وقوله في حديث ابن يسار كان يبعث ابن رباح لخرص بينه وبين يهود أضاف الخرص اليه لتصرفه فيه ويحتمل أن يكون ذلك فيما يخصه لنفقة عياله وانفاذه لخرص على ما تقدم غير أن لفظة كان تقتضى التكرار وانه تكرر انفاذه اليهم لهذا المعنى لدينه وأمانته ومعرفته بهذا

الشان ولعله كان عالماً بمر تلك الجهة وما ينقص بالجفوف

(فصل) وقوله فجعلوا له حلياً وقالوا هذا لك وخفف عنا أرادوا بذلك التخفيف من الحق الذي يجب في الخرص ولا يجوز فعله لما فيه من الخيف على المسلمين وأما التخفيف اليسير فإن كان بمعنى المقاسمة فلا يجوز فيه إلا المساواة وإن كان بمعنى الزكاة فقد تقدم ذكره في باب الزكاة

(فصل) وقوله يا معشر يهود أنكم لمن أبغض خلق الله إلى يريد لكفرهم وإظهارهم العداوة والمخالفة للنبي صلى الله عليه وسلم وللمسلمين وقد أنبأ الله تعالى بذلك فقال لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ثم قال وما ذاك بحال على الخيف عليكم يئسهم بذلك من خيفه على المسلمين مع محبته فيهم وسعيه لهم

(فصل) وقوله وأما ما عرضتم من الرشوة فانه سحت يريد حرام وقد وصف الله اليهود بأكلها فقال ساعون للكذب أكالون للسحت وقال تعالى يا أيها الذين آمنوا أن كثير من الأثبات والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله فراموا أن يستنزلوا ابن ربيعة لماعلموا من ورعه وأمانته وحرصوا أن يدخلوه فيما يتلبسون به من أخذ الرشوة وأكل السحت قال الله عز وجل ود كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفاراً حسداً من عند أنفسهم من بعد ما تبين لهم الحق وقال ود والوثك كفرون كما كفروا فتكونون سواء فعصمه الله ورد ذلك عليهم ولم يعاقبهم امتثالاً لقول الله تعالى فاعفوا واصفحوا حتى يأمر الله بأمره

(فصل) وقولهم بهذا قامت السموات والأرض يحتمل أن يريدوا به الإقرار بالحق والرجوع إلى الاعتراف به أما التعجيل الخزي لهم في الدنيا أوليته لخصاوبه مما ظنوا أنه يجعل بهم من العقوبة إذا أروه الرجوع إلى قوله والرضاب فعله ص قال مالك إذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما زرع الرجل الداخل في البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض أنه زرع في البياض لنفسه فذلك لا يصلح لأن الرجل الداخل في المال يسقي لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك إذا كانت المونة كلها على الداخل في المال البذر والسقي والعلاج كله فان اشترط الداخل في المال على رب المال أن البذر عليك كان ذلك غير جائز لأنه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل في المال المونة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شيء فهذا وجه المساقاة المعروف ش وهذا على ما قال وذلك أنه لا يخلو أن يسكت عن البياض في عقد المساقاة أو يشترط أحد المتعاقدين فان سكت عنه فقد قال ابن الجلاب في تفريعه هو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة وإجارة أو ترك وقال محمد وابن حبيب أن تشاء عند الزراعة فذلك للعامل وجه القول الأول وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم فوجه الدليل من هذا أنه شرط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الجفوف وتبينها فظاهر ذلك أن جميع ما يكون له ووجه آخر وهو أن الأرض بين العاملين وانما يكون للنبي صلى الله عليه وسلم وللمسلمين ما تناوله اشتراطه وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم ولذلك انفردوا بما سارحها وغير ذلك وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أعطى خبيراً يهودياً على أن يعملوها ويزرعوها ولم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار يحتمل أن يكون في عقدتين أو على مكانين أو زمانين ويحتمل أن يعود الضمير فيما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار فيكون بمعنى ما قد ساقه في الحديث الأول

قال مالك إذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما زرع الرجل الداخل في البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض أنه يزرع في البياض لنفسه فذلك لا يصلح لأن الرجل الداخل في المال يسقي لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك إذا كانت المونة كلها على الداخل في المال البذر والسقي والعلاج كله فان اشترط الداخل في المال على رب المال أن البذر عليك كان ذلك غير جائز لأنه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل في المال المونة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شيء فهذا وجه المساقاة المعروف

(مسئلة) وان كان سكت عن ذلك حتى زرعهما العامل لنفسه فقد قال محمد وابن حبيب ما زرعه العامل فهو له وفي كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك عليه كراء الأرض لصاحب الحائط وجه القول الاول ما قدمناه من ان لفظ المساقاة انما يختص بالثمر وما كان من الارض على وجه التبعية فهو للعامل كالمراح والمسكن وغير ذلك ووجه القول الثاني انه مقصود بالحرث والعمل فوجب أن لا يختص بالعامل كالثمره (مسئلة) وأما الشرط فان فضل ذلك ملغى للعامل قاله مالك في المدونة والموازية وغيرهما ووجه ذلك ما قدمناه من ان اسم المساقاة يختص بالثمر وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة وأما الارض البيضاء فعلى وجه ارتفاق العامل ما بين الاصول من البياض (مسئلة) فان شرط أن يكون بينهما على أن يكون البذر والعمل من عند العامل فقد قال مالك في المدونة وغيره ذلك جائز قال ابن القاسم وذلك أن السنة جاءت في خير ان النبي صلى الله عليه وسلم عاملهم في البياض والسواد على النصف (مسئلة) وان شرط أن يكون بينهما والبذر من عندهما ففي المدونة لا يجوز ذلك وكذلك ان كان البذر كله من عند صاحب الارض ففي الموازية لا يجوز ووجه ذلك أن العمل والمنفعة كلها على العامل لا يجوز أن يكون شيء من ذلك على صاحب الارض والبذر والعمل من ذلك فلا يجوز أن يكون شيء منه عليه كالأيجوز أن يكون له جميع الزرع لما في ذلك من اشتراطه على العامل زيادة ينفردها ولو كان البياض تبعاً فاشتراط العامل ثلاثة أرباعه فقد أبى ذلك ابن القاسم وكرهه أصبغ مرة ثم أجاز وجه القول الاول انه لما اشترط بعضه كان ذلك زيادة في المساقاة ازدادها العامل ولم يكن على وجه الالغاء لأن الالغاء انما يكون في جميعه ووجه القول الثاني انه اشترط أرضاهي تبع المساقاة فجاز ذلك كما لو اشترطه جميعاً والتوجهان لا يصح من رواية محمد (فرع) وسواء كان البياض بين أثناء السواد أو منفرداً عن الشجر في ذلك الحائط قاله محمد ووجه ذلك أنه تبع للملك صاحب الاصل (فرع) ولو استثنى العامل البياض فيما يجوز زرعه ثم أجيبت الثمرة في العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك عليه كراء الارض البياض وقال سحنون جيد لأنه لم يعط اياه الا عمل السواد فلما ذهب السواد كان له أن يرجع بالكراء قال علي بن زياد عن مالك وكذلك لو عجز الداخل عن العمل عليه كراء مثله في البياض (فرع) وان كانت المساقاة في زرع وفي وسطه أرض بيضاء فاشتراطها العامل لنفسه قال ابن القاسم لا بأس بذلك كالنخل وهذا اذا كانت يسيرة تبعاً لأرض الزرع قال محمد وحكمه حكم بياض النخل وأحب الينا أن يلغى للداخل (مسئلة) واذا ساقاه زرعاً فيه شجر تبعاً للزرع ففي الموازية عن ابن القاسم انه بخلاف البياض بين النخل وكراء الارض فلا يجوز الا على سقاء واحد لا للعامل كمشتري الدار فيها نخل يشترط ثمرتها ولا يجوز أن يكون بينهما ولا يكون لصاحب الارض اذا كان العامل يسقى ذلك قاله محمد ووجه القول الاول انه مما يجوز فيه المساقاة فلا يخلو أن يلغى كنوع من الشجر ووجه القول الثاني ان هذه أرض يعتبر فيها التبعية للنخل فجاز أن يلغى كالأصل ابتداءً بذرها وزراعتها قال ابن المواز ولم أجد أحدًا اختار هذا القول وقول ابن القاسم وهو المعروف

ص قال مالك في العين تسكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل في العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للسدي يريد أن يعمل في العين وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتي صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الاول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيئاً بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شيء ش روى

قال مالك في العين تسكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل في العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للسدي يريد أن يعمل في العين أعمل وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتي صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الاول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيئاً بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شيء

سبحون عن ابن القاسم في تفسير قول مالك في الماء يكون بين الرجلين فيغوران كل أرض مشتركة لم يقسم أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعا فأنهدمت البئر فإنه يقال لصاحبه اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل والماء أو قاسمه الأصل فخذ حصتك ويأخذ حصته فمن أحب أن يعمل عمل ومن أحب أن يترك ترك ومن عمل منها كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة فيرجع على حقه من الماء وإن كان بينهما زرع أو شجر مثمر في أرض لهما فإن الآبي يجبر على عمل حصته أو يبيعهما من يعمل معه وأما إذا كانت حصة كل واحد منهما مفردة والماء واحدا فمن آبي منهما العمل فذلك له ويقال للآخر اعمل ولك الماء كله حتى يأتي شريكه بحصته من النفقة وأما ذلك بمنزلة الدار تنهدم فيها بي أحد الشريكين أن يبني فيقال له ابن مع شريكك أو قاسمه قاله سبحون وابن نافع والخزومي يقولان إنما ذلك في بئر ليس عليها ما يجني لزرع ولا نخل ولا غيره فأما ما كان بئرا أو عينا عليهما ما يجني فإن آبي العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع ممن يعمل معه كالسفل لرجل والعلو لآخر فيهدم ذلك فإن صاحب السفلى يجبر على أن يعمل معه فإن آبي يبيع عليه وقال عيسى في العتبية يقال للآبي أما أن تعمل وأما أن تبيع ممن يعمل معه ويجبر على ذلك قال وكذلك قال مالك فيجبي على قول ابن القاسم أن ذلك على ثلاثة أضرب إذا كان ما يسقى بالبئر والعين مقسوما فمن شاء منهما أن يبني بني ومن شاء أن يترك ترك وقاسه على الشريكين في الدار تنهدم وقاسه ابن نافع والخزومي على صاحب السفلى والعلو وهو أظهر لأن شريكه في العين لا يقدر على الانتفاع به لنفسه إلا الأصل كما لا يقدر صاحب العلو على بنيان علوه إلا بعد أن يبني صاحب السفلى وصاحب الدار يقدر بعد المقاسمة على بنيان حصته من القاعة والضرب الثاني أن يكون مشاعا يقدر على مقاسمته فإنه يؤمر الآبي أن يعمل مع صاحبه أو يقاسمه فيعود إلى حكم الضرب الأول والضرب الثالث أن يكون الذي يسقيان مما لا يصلح قسمته كثمر نخلها أو زرع أرضها فهو الذي يجبر عند ابن القاسم على العمل مع شريكه أو على أن يبيع ممن يعمل معه فراعى في هذا بقا الشريك بينهما وادار على حق الطالب الذي رد العمل فإن المضرة تلحقه إذا انفرد زرعوه وعمرته كما تلحقه حال الاشتراك فيجب أن يكون الحكم في ذلك سواء على مارواه عيسى عن مالك (مسئلة) فإن عمل أحدهما دون الآبي فقد قال ابن القاسم في الثلاثة أضرب أنه يكون بالماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة وهو قول مالك إلا أنه إذا أعطاه حصته من النفقة فقد صار منفق معه وزالت العلة المانعة من ذلك وهو إبادته من النفقة (فرع) فلو كان العامل قد اغتسل منها غلة كثيرة قبل أن يرد إليه حصة الآبي مما أنفق فقدر وى عيسى في العتبية أنه اختلف في ذلك فقال محمد بن دينار في مسئلة الرحا للعامل من ذلك بقدر ما أنفق وما كان له قبل أن ينفق ويكون للآبي بقدر ما كان بقي له من ذلك وهو قول ابن وهب وأما ابن القاسم فقال مرة العلة كلها للعامل دون الآبي حتى يعطى قيمة ما عمل قال عيسى وهذا القول رأيت ابن بشير يحكم به أخذ ثم قال ابن القاسم بعد ذلك في مسئلة الرحا يحاصه بما عمل فيها أنفق فإذا استوفى ذلك رجع الآبي في حظه ولم يكن عليه شيء وجه قول ابن دينار أن مقدار ما كان بقي من منافع الرحا من هندوالة لأصبح فيه فمن اختار العمل فعليه باقيه للآبي وما زاد على ذلك فإن للعامل غلته مع حصته مما بقي ووجه قول ابن القاسم الأول وهو الذي اختاره عيسى أن حصة الآبي لم يكن ينفع بها ولا غلة لها إلا بما عمله العامل فكانت غلة ذلك كله للعامل حتى يعطيه الآبي حصته من النفقة كرقبة العين ووجه القول الثاني لابن القاسم أن الرحا

والعين باقيا على ملك الآبي حصته منها يجب أن تكون له بذلك القدر من غلتها وانما كان ما أنفق العامل في ذلك اذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذي يرد سلفا لا يتعلق بذمة وانما يتعلق بعين لا يتأتى فيه فاذا عاد اليه سلفه رجع الآبي الى استيفائه (فرع) فاذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذي يرد الآبي الى العامل ما ينوبه من قبة العمل يوم يدخل معه لا يوم عمله ولا ما ينوبه من النفقة التي أنفق الا أن يكون ذلك بمحدثاته قاله عيسى ووجه ذلك انه لما كان الانفاق له فان للآبي الرجوع لانه من ذلك اليوم تكون له رقبته وغلته وأما قبل ذلك فان رقبته وغلته للعامل كانتا فكان له الزيادة وعليه النقص (فرع) واذا قلنا بقول ابن القاسم الثاني فيجب أن يرد ما أنفق في البنيان على وجه السدله لان الآبي يحتسب له بغلته من ذلك اليوم فيجب أن تلزمه تلك النفقة ما لم يكن فيها غبن (مسألة) واذا غار ماء عين المساق فان ذلك يختلف فان انقطع قبل العمل وقبل أن ينفق شيئا فلا شيء على رب الخائط فان أنفق العامل على سدها فلا شيء له فيما أنفق الا ما للتعدى من النقص وله حصته من الثمرة وان كان بعد العمل فقد قال ابن المواز ان عبد الملك فسرته تفسير احسنا فقال يتوخي قدر ما لرب الخائط من الثمرة بعد طرح مؤنته فيها الى وقت بيعها يتكلف أن يعجل ذلك وينفقه فان أعلم قيل للعامل انفق ذلك القدر وتكون حصته من الثمر هنأبيدك فذلك والا فيسلم الخائط الى ربه ولا شيء لك ولاله عليك (مسألة) ومن اكرى أرضا سنين ليزرعها فانها تهرت بثرها أو غار ماؤها فان لم يكن فيها زرع انفسخ الكراء وليس له أن ينفق فيها شيئا قاله ابن حبيب ووجه ذلك ان هذا مانع طرأ عليه قبل العمل فلم يكن على رب الارض اصلا حلالا لانه لا يتلافى بذلك شيئا وهي للكثير وأما ان كان له فيها زرع وان الذي يلزم أن ينفق فيها كراء تلك السنة دون سائر السنين يقوم ذلك ان اختلفت قيم السنين أو على السواء ان تساوت فان كان الكثير لم ينقد الكراء أنفق في اصلاح ذلك كراء تلك السنة وان كان قد نفقه فعلى رب الارض أن ينفقه قاله ابن حبيب وقال ابن المواز ان كان قد أنفق قبل الكثير انفق سلفا من عندك له وانما لم يكن له أن ينفق أكثر من كراء سنة لان السنة الباقية لم يعمل فيها شيئا فلم يلزم انفاق كرائها وانما يلزم كراء السنة التي قفز زرع فيها ليحبي زرعه والله أعلم

(فصل) وقوله وانما أعطى الاول الماء كله لانه أنفق ولم يدرك شيئا بعمله لم يتعلق بالعمل من النفقة شيء يحتمل أن يريد بقوله الماء كله ما استقر بعمله ويحتمل أن يريد به جميع ماء العين ما بقي منه قبل العمل وما زاد بالعمل والاول أولى بالصواب الا أن يكون ما بقي منه لا يوصل الى الانتفاع به لقلته مع أن لفظ الحديث يقتضي انه لم يبق من الماء شيء وذلك أنه قال انقطع ماء العين وهذا ما يعبر به عن ذهاب جميعه وقال ان ما قضى بالماء كله للعامل لانه هو الذي أنفق يريد أن بنفقه عاد الماء مع انفاقه على وجه لو لم يعد الماء بنفقه لانفرد بالخسارة ولم يكن له على الآبي شيء من ذلك وهذا يقتضي انفراد بهضمان النفقة والعلة تمنع الضمان فوجب أن يكون أحق بالماء حتى يشاركه الآخر في ذلك بأن يبدل له حصته من النفقة فيعود الى حصته من الماء للملكة للاصل ص **قال مالك** واذا كانت النفقة كلها والمؤنة على رب الخائط ولم يكن على الداخل في المال شيء الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لانه لا يدري كم اجارته اذا لم يسم شيئا يعرفه ويعمل عليه لا يدري أيقل ذلك أم يكثر **قال مالك** وكل مقارض أو مساق فلا ينبغي له أن يستثنى من المال ولا من النخل شيئا دون صاحبه وذلك أنه يصير له أجيرا بذلك يقول أسافيك على أن تعمل لي في كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها وأقارضك في كذا

*** قال مالك** واذا كانت النفقة كلها والمؤنة على رب الخائط ولم يكن على الداخل في المال شيء الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لانه لا يدري كم اجارته اذا لم يسم شيئا يعرفه ويعمل عليه لا يدري أيقل ذلك أم يكثر *** قال مالك** وكل مقارض أو مساق فلا ينبغي له أن يستثنى من المال ولا من النخل شيئا دون صاحبه وذلك أنه يصير له أجيرا بذلك يقول أسافيك على أن تعمل لي في كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها وأقارضك في كذا

وكذا من المال على أن تعمل لى بعشرة دنانير ليست مما أقارضك عليه فان ذلك لا ينبغي ولا يصلح وذلك الأمر عندنا ^ش قوله انما قال لا يصلح أن تكون النفقة والمؤنة على رب الحائط لان العامل يكون أجيرا لان المكافأة انما هي من جنبه العامل بعمل مخصوص وهو ما يتعلق ببناء الثمرة ويبقى له في الأصل بعد جد الثمرة عين ثابتة لينتفع بها وكل بقعة في الحائط فان ذلك يؤدي لان نفقته على الدواب والرفيق نوع من الاجارة على عملهم في الحائط فاذا اشترط شيء من ذلك على رب الحائط فقد شرط عليه عمل ولا يصح ذلك في المساقاة كما لا يصح في القراض لان القراض أصل للمساقاة وقد تقدم ذكره (فصل) وقوله لا يصلح ذلك فانه لا يدري كم اجارته معناه انه اذا خرج عن شبه المساقاة ثبت له حكم الاجارة التي يصح أن يكون منها جميع العمل على العامل وبعضه ويشترط عليه جميع الاتفاق أو بعضه لكنه لا يصلح الا بالاجارة المعلومة المقدرة والمساقاة انما تنعقد بجزء من كور أو بجميع الثمرة وهو قدر مجهول ولا يجوز أن ينعقد على أوسع مقدرة ولا خلاف في ذلك نعلمه فأفسد الاجارة من ذلك صحيح المساقاة وما صحح المساقاة أفسد الاجارة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل وجميع المؤنة والنفقة والاجراء والدواب والدلاء والحبال والآلات من حديد وغيره لأن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم السقاء فيستعين به العامل وان لم يشترطه قاله في الواضحة ووجه ذلك ما قدمناه من مآل هذه المعاني كلها الى العمل وهو مما يختص بالعامل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العمل يكون معلوما فما كان له عرف قام مقام الوصف وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من عدد الحرت والسقي وسائر العمل فان قصر عما شرط عليه ففي العتية عن سحنون فبين ساقى حائطه على أن يحتره ثلاث حرثات فيحتره حرثتين قال ينظر جميع العمل المشروط عليه من حرث وسقي وقطع وجنى فينظر ما عمل هو بماترك فان كان ترك الثلث حط نلت نصيبه ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة في مقابلة جميع العمل فاذا ترك بعضه حط من العوض بقدر ماترك منه (مسئلة) ولو كان ماترك من العمل قد وجد له بدل من فعل الله تعالى مثل أن يترك بعض السقي فيغنى عن ذلك المطر في العتية والموازية عن مالك انه لا يحاسبه رب الحائط بذلك ووجه ذلك أنه انما دخل على أن يسقي الحائط ما احتاج من السقي ولا يقدر ذلك بعدد وانما هو بحسب الحاجة واذا سقاء المطر أو السيل لم يحتاج الى سقي آخر (فرع) اذا ثبت ذلك فان الاجراء على ضربين اجراء استأنف العامل استجارهم واجراء كانوا في الحائط يوم المساقاة فاما من استأنف العامل استجارهم فان أجرهم على العامل وأما من كان فيه يوم المساقاة فان أجرهم على رب الحائط لا يجوز اشتراط أجرهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم على العامل قاله في الواضحة (مسئلة) وعلى العامل رم قصبة البر وحباله وقواديسه ومؤنة الماء والحديد لعمله فاذا انقضى عمله كان ذلك له واه ابن المواز ووجه ذلك ان هذه معان تتكرر وكذلك ما يعمل به من الحديد فانه يتكرر اصلاحه وهو من الآلات الموصوفة في العمل وكانت من الذي يلزم العامل وما كان عملا ثابتا كالبناء الذي يبقى وانما يعمل مرة فخراب طرأ عليه أو لاستئناف عمل فذلك من الأصول الثابتة فهي على رب الحائط (مسئلة) وعلى العامل في الثمر جداده بعد أن يتمرو في التين والكرم قطافه وتبيسه في مساقاة الزرع قال ابن القاسم في المدونة حصاد الزرع ودرسه على العامل قال ابن سحنون في العتية على العامل تهذيبه وذلك ان هذا كله من العمل الذي يلزم فيه قبل أن ينتهي الى حال استقامه والصفة التي يدخر عليها فيجب أن يكون ذلك على العامل وأما الزيتون فقد قال سحنون عن ابن القاسم على العامل عصره اذا كان ذلك غالب عمل ذلك البلد قال سحنون ومنتهى عمله

وكذا من المال على أن تعمل
لى بعشرة دنانير ليست
مما أقارضك عليه فان ذلك
لا ينبغي ولا يصلح وذلك
الأمر عندنا

قال مالك والسنة في المساقاة التي يجوز لرب الخائط أن يشترطها على المساق شدة الخطار وخم العين وسرو والشرب وبار
النخل وقطع الجريد وجد الثمر هذا وأشباهه على أن (١٢٦) للمساق شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر اذا تراضيا

فيه جنبيه وفي كتاب ابن الموزان لم يشترط على أحد فهو بينهما وجه قول سحنون ان جناه
صبره على صفة تمكن قدمته ويدخر عليها غالبا ص قال مالك والسنة في المساقاة التي يجوز
لرب الخائط أن يشترطها على المساق شدة الخطار وخم العين وسرو والشرب وبار النخل وقطع الجريد
وجد الثمر هذا وأشباهه على أن للمساق شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر اذا تراضيا عليه غير أن
صاحب الأصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدته فيها من بئر يحتفرها أو عين يرفع رأسها أو غراس
يغرسه فيها أي بأصل ذلك من عنده أو صغيرة بينها ناعم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة أن يقول رب
الخائط لرجل من الناس ابن لي ههنا بيتا أو احفر لي بئرا أو اجر لي عينا أو اعمل لي عملا بنصف ثمر
خائطي هذا قبل أن يطيب ثمر الخائط ويحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها * قال مالك فأما اذا طاب الثمر
وبدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لي بعض هذه الأعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر
خائطي هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشئ معروف معلوم قدر آه ورضيه فأما المساقاة فانه ان لم
يكن للخائط ثمر أقل ثمرة أو فسد فليس له الا ذلك وأن الأجير لا يستأجر الا بشئ مسمى لا تجوز
الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشتري منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * ش قوله مما يجوز اشتراطه على العامل شدة
الخطار والخطار هو ما يحظر به على الخطيرة وهو الخائط وغيره وهو الذي يسمى الزرب فالتزم منه
جاز أن يشترط على العامل سد ذلك الثلم ويرى سد الخطار ومعناه أن يسترخى رباطه فيشترط
على العامل شدة وخم العين تنقيتها قال ابن حبيب وهو كنسها وسرو والشرب هو الكنس والشرب
الحوض حول النخلة والشجرة ليقب فيه الماء بعد السقي قال زهير

يخرج من شربات ماؤها طحل * على الجزوع يخفن الغم والغرقا

وهذا كله من العمل الذي يغى الثمرة ويوصل الى صلاحها وقدرى في سرو والشرب سوق الشرب
وهو جلب الماء الذي يسقى به من مستقره الى الأصل الذي يسقى به قال ابن حبيب سرو والشرب تنقية
الحياض التي تكون حول الشجر وتحصن حر وفها وحجى الماء اليها وزم القف وهو الحوض الذي
يفرع فيه الدلو ويجرى منه الى الظفيرة وقد قال ابن حبيب ان سرو والشرب على العامل وان لم يشترط
عليه واما خم العين وزم القف فانه يجوز أن يشترط عليه وان لم يشترط عليه فهو على رب الخائط
(مسئلة) واستحب مالك من رواية أشهب عنه أن يشترط على العامل اصلاح القف قال في العتبية
حرف القف واصلاح كف الزنوق قيمته الدرهمات أو الدينار وهو على رب الخائط ان لم يشترط
وروى عنه أشهب أيضا انه لا يشترط مع العامل اصلاح كسر الزنوق ووجه ذلك أن يحتاج الى صلة لها
قيمة وثمن كبير (مسئلة) ويجوز أن يشترط على العامل عصر الزيتون واه عيسى عن ابن القاسم
وفي كتاب محمد عصر الزيتون على شرطهما وروى ابن القاسم عن مالك في المدونة مثل ذلك وفسره
ابن القاسم بانه ان شرط على العامل فذلك جائز وان شرط أن يقاسمه الزيتون جاز ولا يجوز أن
يشترط على صاحب الخائط عصر حصة العامل وانما جاز ذلك على العامل لانه منتهى كالجدا لان

عليه غير أن صاحب
الأصل لا يشترط ابتداء
عمل جديد يحدته فيها من
بئر يحتفرها أو عين يرفع
رأسها أو غراس يغرسه
فيها أي بأصل ذلك من
عنده أو صغيرة بينها ناعم
فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة
أن يقول رب الخائط
لرجل من الناس ابن لي
ههنا بيتا أو احفر لي
بئرا أو اجر لي عينا أو اعمل
لي عملا بنصف ثمر خائطي
هذا قبل أن يطيب ثمر
الخائط ويحل بيعه فهذا
بيع الثمر قبل أن يبدو
صلاحه وقد نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن
بيع الثمار حتى يبدو
صلاحها * قال مالك فأما
اذا طاب الثمر وبدا صلاحه
وحل بيعه ثم قال رجل
لرجل اعمل لي بعض هذه
الأعمال لعمل يسميه له
بنصف ثمر خائطي هذا
فلا بأس بذلك انما استأجره
بشئ معروف معلوم قد
راه ورضيه فأما المساقاة
فانه ان لم يكن للخائط
ثمر أقل ثمرة أو فسد فليس
له الا ذلك وان الأجير لا
يستأجر الا بشئ مسمى

لا يجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشتري منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لأن رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر

معظم ما يدخر بعد العصر (مسألة) ولا بأس أن يشترط على العامل الزكاة لانه جزء معلوم قاله مالك في العتبية والموازية وقال الشيخ أبو اسحق وقد اختلف في اشتراط رب الحائط الزكاة على العامل في حصته فاجيز وكره واجازته أحب الى قال مالك في المدونة والعتبية والموازية ولا يشترط ذلك على صاحب الحائط وقال محمد ذلك جائز وحكاه أبو القاسم بن الجلاب وعن المذهب جواز بلوغ الحائط الزكاة أو لم يبلغ وقال ابن القاسم في المدونة قال لي مالك يجوز اشتراطه على العامل وهذا عندي مثله وجه جواز ذلك في الوجهين ما استدلل به في جواز ذلك في اشتراطه على العامل انه اذا اشتراطه على العامل فقد شرط لنفسه خمسة أجزاء وللعامل أربعة أجزاء وكذلك اذا اشتراطه على صاحب الحائط والفرق بينهما ما على قوله يجوز اشتراطه على العامل ومنع اشتراطه على رب الحائط (فرع) فان شرطه على العامل ولم يبلغ ثمر الحائط الزكاة فرب المال من حصة العامل الزكاة عند الجميع أو نصف عشره وقال ابن عبدوس يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء للعامل منها أربعة ولصاحب الحائط خمسة وقال سحنون يقسم الثمرة عشرة أقسام للعامل أربعة ولصاحب الحائط خمسة ثم يقتسمان الجزء الثاني بينهما بنصفين (مسألة) ولا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط على العامل حمل ذنبه الى منزله ولا خيره ولو كان من القرب على ميل إلا أن يكون شيء ليس عليه مؤنة رواء عيسى عن ابن القاسم وقاله أصبغ ووجه ذلك انه اشتراط زيادة على العامل بعد التقسمة فلم يجز ذلك كمالو شرط عليه مالا (مسألة) وأما إبار النخل قال ابن حبيب وغيره هونذ كبرها في المدونة قال ابن القاسم التلقيح على العامل وان لم يشترط عليه لان مالك قال جميع عمل الحائط على العامل وكذلك الجداد (فصل) وقوله على أن للعامل شطر الثمر أو أقل أو أكثر اذا تراصيا عليه يريدان المساقاة جائزة على أي جزء اتفقا عليه وعلى ان يكون للعامل جميع الثمرة لانه أكثر من النصف وقد رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة ووجه ذلك بناء على تجوز القراض على جميع الربح للعامل (فصل) وقوله غير انه لا يشترط على صاحب الأصل ابتداء عمل جديد من يثر يحفرها أو عين يرفع رأسها يريد أن تكون العين لا تخفاضها لا يصل ماؤها حيث يريد فيبني حوالها بنياناً يرفعه فيصل من أعلى ذلك البنيان الى حيث يريد قال أغراس يغرسه يأتي به من عنده معناه أن يشترط على العامل غرساً يأتي به من عنده ويغرسه في أرضه وحائطه فان ذلك لا يجوز ورواه ابن المواز عن مالك قال محمد ان كان يسير أجزت المساقاة وأبطلت الشرط وان كان كثيراً لم يجز قال مالك ولو شرط العمل عليه في ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط فان كان يسير لا تعظم فيه النفقة فجائز وان كان كثيراً لم يجز (فرع) فاذا وقع ذلك على الوجه الذي لا يجوز فقد روى ابن المواز عن مالك انه أجيز له أجرة مثله قال عيسى ان كان العمل الكثير من العمل دون الأصل رد الى مساقاة مثله ولو أتى العامل بالودي رد الى أجرة مثله ويعطى قيمة غرسه مقلوعاً كمالو جاء به (فصل) وقوله أو طفيرة بينهما يعظم فيها النفقة الطفيرة محبس الماء كالصهرج وانما شرط عليهم النفقة فيها لانه ان لم يكن له فيها الاصلاح يسير بكبر بعض حر وفيها جازا اشتراط ذلك على العامل والمساقاة بينه على ان ما كان من العمل مما يحتاج اليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحائط فانه يجوز اشتراط يسيره على العامل ولا يجوز اشتراط كثيره وهو متفق عليه فان كان مما لا يحتاج اليه الثمرة فهو أيضاً على قسمين قسم فيه مجرد العمل وقسم يأتي العمل بعينه فاما مجرد العمل فقد جوز مالك وأصحابه يسيره وأما الاتيان بالمنع فنع منه مالك وجوز ابن المواز (فصل) وقوله وانما ذلك بمنزلة أن يقول لا جنبي احفر لي بئراً أو احفر لي عينا بنصف ثمرة حائطي

قبل أن يبدو صلاحها وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها معناه أن
عمل المساقاة مختص بالثمرة على وجه لا يبقى بعد تمام المساقاة وإنما يكون جارة بشرط لم يبدو صلاحها ولا
يجوز ذلك لأنه يبيع له قبل بدو صلاحها وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه قبل بدو صلاحها
(فصل) وقوله ولو كان ذلك بعد أن بدأ صلاحها وحل بيعه فقال له العمل في بعض هذه الأعمال لعمل
معروف بنصف هذه الثمرة فلا بأس بذلك لأنها جارة بشئ معروف يراد أنه لو بدأ صلاحها لصحت
الاجارة به وهذه الأعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمرة يجوز بيعها والمساقاة تجوز
في ثمرة لم يبدو صلاحها إلا أنه لا يجوز في أعمال تبقى بعد الثمرة لاسيما إذا كانت لها قبلة ويكلف فيها
مؤنة ونفقة ص قال مالك والسنة في المساقاة عندنا أنها تكون في كل أصل نخل أو كرم أو
زيتون أو تين أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الأصول جائز لأبأس به على أن لرب المال نصف
الثمر من ذلك أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك وأقل * قال مالك والمساقاة أيضا تجوز في الزرع إذا
خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة في ذلك أيضا جائزة * ش قوله
السنة عندنا في المساقاة أنها تكون في أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو فرسك يراد الخوخ
قال وما أشبه ذلك من الأصول جائز لأبأس به وقال الشافعي لا تجوز المساقاة إلا في النخل والكرم
والدليل على ما نقوله أن هذا شجر مثمر له أصل ثابت فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم (مسئلة)
وإذا كانت الثمار بعلا لا تسقى وإنما فيها من العمل الحرث فقد قال ابن القاسم مساقاتها جائزة ووجه
ذلك أن الحرث عمل تركوه به الثمار ولا تتركوه دون فجازت المساقاة على عمله كالسقي وقال في
الواضحة تجوز مساقاة شجر البعل وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجداد فاجعل
المساقاة فيها لا يحتاج إلى الحرث وصحح المساقاة بالحراسة والجداد ومثل هذا يوجد في الزرع (فرع)
وتجوز المساقاة في النخلة والخلتين قاله مالك في المدونة قال وكذلك الشجر كله ووجه ذلك أن
العقد إذا جاز في كثير الجنس جاز في قليله كالأجارة (مسئلة) واختلف في مساقاة المرسين وهو
الريحان يراد الآس فأجاز ابن وهب قاله أصبغ ومنعه ابن القاسم ثم أجاز به وثبت على إجازته
واختار محمد منعه قال لأنه لا يجز كاللوز والقصب إلا أن تكون أشجاره ثابتة وإنما تقطع منها أغصانها
الثابتة كالسدره وقال أصبغ في العتية عن ابن القاسم قيل إن أصوله تعظم وتقسيم السنتين ويجد
الشتاء والصيف وليس له أبان فيجد ثم ينقطع فإذا كان يجده هكذا كل وقت لم تجز مساقاته لأنه يحل
بيعه إذا بدأ أوله (مسئلة) وتجوز مساقاة الورد والياسمين والقطن قاله مالك في المدونة زاد ابن المواز
في الورد والياسمين وإن لم يعجز عنه صاحبه ووجه ذلك أن هذه أصلا باقيا وساقا ثابتا فصحت المساقاة
فيه دون عجز عن الشجر (مسئلة) فأما مساقاة الزرع فقد قال مالك في المدونة تجوز مساقاة الزرع
إذا استقل عن الأرض وعجز عنه صاحبه فإن لم ينبت بعد لم تجز مساقاته لأنه بذر ذكره ابن حبيب عن
لقى من أصحاب مالك سواء عجز عنه أو لم يعجز ووجه ذلك أنه ليس له أصل بعد وإنما هو بذر قال فان
وقع فالزرع لصاحبه وللعامل أجرة مثله (مسئلة) وإذا طلع وعجز عنه صاحبه جازت المساقاة فيه فإن
لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل لم يجز ذلك فيه قاله ابن القاسم عن مالك وقال ابن نافع في كتاب ابن
سحنون تجوز المساقاة في الزرع وإن لم يعجز عنه صاحبه قال ابن عبدوس لا يأتى تجوز المساقاة في
الزرع وجه قول مالك أن الزرع ليس له أصل ثابت ومدة العمل فيه يسيرة والنخل ليس له أصل
ثابت ويستدام العمل فيها أبدا والاتلفت فدام العمل فيها يقوم مقام العجز عنها لأن الزرع إنما
يستديم العمل فيه مدة يسيرة فإن شاء ترك الأرض أو أخرها ولم يتكلف تعبها ولا عملا فيها فلذلك

* قال مالك السنة في
المساقاة عندنا أنها تكون
في كل أصل نخل أو كرم أو
زيتون أو رمان أو فرسك
أو ما أشبه ذلك من
الأصول جائز لأبأس به
على أن لرب المال نصف
الثمر من ذلك أو ثلثه أو
ربعه أو أكثر من ذلك أو
أقل * قال مالك والمساقاة
أيضا تجوز في الزرع إذا
خرج واستقل فعجز
صاحبه عن سقيه وعمله
وعلاجه فالمساقاة في ذلك
أيضا جائزة

اختصت المساقاة بالشجر لهذه الضرورة ولم تجز في الزرع لهذا المعنى لعدمها فيه وإنما جازت فيه
 لضرورة العجز وجه قول ابن نافع أن ما جازت فيه المساقاة جازت لغير العجز كالنخل (فرع)
 ومعنى العجز عن الزرع أن يعجز عن عمله الذي يتم به أو ينمو أو يبقى ثابت كان له ماء فقد يكون
 عاجزاً قال ابن القاسم في المدونة لأن الماء لا بد له من البقر والاجراء قيل فإن كان الماء سبعا قال إن
 علم أنه عاجز جازت المساقاة وقال في الواححة إذا عجز صاحبه عن عمله وهو يعمل وله عمل ومؤنة أن
 ترك خيف عليه التلف جازت مساقاته وإن لم يكن فيه عمل ولا مؤنة ولا حراسة وهو يعمل فلا تجوز
 مساقاته وأما الشجر البقل فتجوز فيه المساقاة وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجداداً
 وهذا الذي قاله مثله في الزرع لأن فيه دراسة وحصاداً إلا أن يريد الحصاد وحده لا يؤثر وإنما يؤثر إذا
 انضم إليه الحراسة والنخل يحتاج إلى حراسة من يدب بلعاً كبيراً إلى أن يصير ثمراً يتسرع الناس
 إليه والزرع لا يحتاج إلى ذلك إلا مخافة الموشى وقد يكون في موضع يأمنها وأما الحرث فلا يتصور
 في الزرع وهو أن كان لا بد منه في الشجر فقد تصح المساقاة بعد أن أتى بذلك (فرع) فإن كان
 الزرع بعلاً قال ابن القاسم في المدونة أن كان يحتاج من المؤنة ما يحتاج إليه شجر البقل وإن ترك
 خيف أن يضع فلا بأس به وإن لم تكن له مؤنة ولا عمل فيه لم تجز مساقاته إنما يقول أحفظه لي واحصه
 وأدرسه لك على أن لك نصفه قال ابن القاسم فلا يجوز عندي لأنها أجرة وإنما جاز في الشجر البقل
 للضرورة وهذا الضرورة فيه وهذا الذي ذكره ابن القاسم يحتاج إلى تفسير لأنه يقال له وفي النخل
 إذا مال له أحفظه لي وجده ولك نصفه فيجب أن لا يجوز والفرق بينهما ما قدسنا الإشارة إليه أن
 المساقاة لا تجوز إلا في المال الذي لا يخو الأبالع والعمل ولا يجوز أن يستأجر لمنفعته المقصودة ويجب
 أن يكون ذلك العمل يلزم فيه قبل بدو الصلاح وهذا يتصور في الأشجار لأنها لا بد لها من حرث
 وتقسيم وسد حظائر مع كونها من البعل وأما الزرع فإنه لا تجوز فيه المساقاة إلا بعد استقلا له عن الأرض
 فإن كان بعلاً فلا يحتاج بعد ذلك إلى عمل إلى أن يبدو صلاحه ويجوز بيعه وتلك حال لا تجوز فيها
 المساقاة مع أن الزرع تقصر مدته ولا يستدام العمل فيه وقد قدسنا ذكره (مسألة) وما كان بمثابة
 الزرع مما الغرض في حبه دون بقله فهو بمنزلة الزرع قاله ابن القاسم في السكمون وقد روى
 سحنون عن ابن القاسم تجوز المساقاة في العصفور وكان يجب أن يكون حكمه حكم السكمون إذ ليس
 من شجرة باقية والمقصود منه نواره (مسألة) وأما المقاي في فجوز مالك فيها المساقاة كالتين والجز
 والقطن والمقاي وإن كان بطناً بعد بطن فلعل هذا الجواز بأن الثمرة تؤخذ منه وأصله ثابت احتراز
 من القصب والحل والموز الذي يبقى له أصل بعد أخذ ثمرته وكذلك الزعفران والريحان الذي هو من
 جنس الأحباق والبقل والقصب والقرط ولذلك منع المساقاة فيه وعلل في الواححة تجوز المساقاة
 في المقاي لتفاوت طبيها يريد والله أعلم أن بطونها لا تنفصل وشبهه بالتين الذي يطيب بعضه ببعض
 قال وليس شيء بعد شيء كالقصب يريد أنه تميز بطونه كتميز بطون القصب والموز وأما القطن فإن
 كان يزرع في كل سنة فهو بمنزلة المقاي والعصفور وإن كان يبقى أصله وهو الذي يسمى العادي فهو
 بمنزلة الورد والياسمين (مسألة) وأما الموز فقد قال مالك في المدونة لا تجوز المساقاة في الموز قال ابن
 القاسم وإن عجز عنه صاحبه قال مالك في الموازية وكل ما يجذ ويخلف مثل القصب والموز والقرط
 وشبهه من البقول لا تجوز مساقاته وجه ذلك أنه اجتمعت فيه معان مؤثرة في منع المساقاة من أنه ليس
 له ساق كالشجر الذي هو أصل في المساقاة ولا هو بمنزلة الزرع الذي إنما يوجد مرة في السنة إذا

أخذ لم يبق أصل يخلف والموز يبقى له أصل وهذا حكم ما كان بمنزلة الموز في ذلك كالقصب والقرط
(مسئلة) المغيبة كلها مما لا يدخر فهو كالبقول قال ابن عبد الحكم وهذا أحب إلينا وقد اختلف
فيه قال ابن الموز وكذلك الرياحين وقال ابن حبيب لا تجوز مساقاة في البقول كلها لأنه يجوز
بيعهما إذا بدا صلاحها أو لها كالموز وليس كذلك كالمقاي لان ذلك نبات واحد يتقارب طيبه
وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأما الزعفران والريحان والبقول والقصب والقرط فلا تجوز فيه
المساقاة وجعل قصب السكر كذلك قال الشيخ أبو محمد وآه اختلافا من قوله وقال ابن القاسم في
الموازاة البقل مثل الفجل والجزر واللفت والبصل وشبهه تجوز المساقاة فيه إذا ظهر من الأرض
وعجز صاحبه ما لم ينته إلى حديق جوزه بيعة وقال ابن نافع تجوز المساقاة في البطيخ والأصول المغيبة
كلها عجز عنها صاحبها ولم يعجز فأما قول مالك لا يساقى شيء من البقول فإن عني به الكزبر والقطف
والخضر التي تؤكل فإن تلك إذا استقلت جاز بيعها وإلى هذا التعليق أشار ابن حبيب وأيضا فإنه
إنما المقصود منه ما ظهر من ورقه دون بزر يكون فيه وما كان بهذه الصفة فلا مساقاة فيه وأما
ما كان من الأصول المغيبة فإن المقصود منها أن لا تظهر من الأرض والمساقاة مختصة بما كان ظاهرا
على الأرض وبذلك يختص السقي بالشجر ولا يجوز في الزرع وإن عجز عنه صاحبه إلا بعد أن
يظهر ووجه تجوز ابن القاسم له أن المقصود منه قد ثبت له أصل ولعمل فيسه غاية ينتهي إليها وتنال
ثمرته فيها ولا يبقى له ما يجلب كالزراع (مسئلة) وأما قصب السكر فقد قال مالك تجوز فيه المساقاة
إذا ظهر وعجز عنه صاحبه ومنع منه في الواضحة ابن القاسم وجه الجواز أنه إنما تؤخذ ثمرة مرة في
السنة كالزراع ووجه المنع أنه ما يخلف أصله كالموز والقصب ص * قال مالك لا تصلح
المساقاة في شيء من الأصول مما تحمل فيه المساقاة إذا كان فيه ثمرة طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وإنما
ينبغي أن يساقى من العام المقبل وإنما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لأنه إنما ساقى صاحب الأصل
ثمرا قد بدا صلاحه على أن يكفيه إياه ويجزئه له بمنزلة الدنانير والدرهم يعطيه إياه وليس ذلك بالمساقاة
إنما المساقاة ما بين أن يجزئ النخيل إلى أن يطيب الثمر ويحل بيعه * قال مالك ومن ساقى
ثمرا في أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فذلك المساقاة بعينها جائزة * ش قوله لا تحمل المساقاة
في شيء تجوز فيه المساقاة إذا طاب ثمرة وحل بيعه يريد أن كل شيء تجوز فيه المساقاة وإنما يجوز
ذلك فيها ما لم يبد صلاح ثمرة ويحل بيعه للضرورة التي ذكرناها فإذا حل بيعه ارتفعت الضرورة
فلم تجز المساقاة لأنه يجوز له تعجيل نفعه ببيعه أو بالاجارة عليه لأنه لما جاز بيعه جازت الاجارة
به ولذا شجار أحوال حال قبل أن تكون فيها ثمرة ويجوز عند مالك فيها المساقاة وقال الشافعي
في أحد قوله لا يجوز ذلك والدليل على ما نقله قول النبي صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر أفركم
مأفركم الله عز وجل على أن الثمرة بيننا وبينكم فعقد مساقاة لأعوام فلا يخلو أن تكون في النخل
حينئذ ثمرة أو لا تكون فيها ثمرة فإن كان فيها ثمرة فقد تناول عقد المساقاة ما بعد ذلك العام من
الأعوام وثمرته تلك الأعوام معدومة وإن لم يكن فيه ذلك العام يعد ثمرة فلم يتناول العقد عاما إلا وثمرته
معدومة (مسئلة) وإن كان فيها ثمرة لم يبد صلاحها فذلك التي تجوز فيها المساقاة دون خلاف
بين من يجزها وإن كان فيها ثمرة قد بدا صلاحها فقد قال مالك فيها ما تقدم (فرع) فإن وقعت
المساقاة فقد قال مالك تجوز فيه الاجارة ولم تجز مساقاته لأنه ترك في ازهاه الثمرة شيئا معلوما
ويرجع إلى المساقاة ويفسخ العقد ما لم تفت ولا يكون اجارة ومعنى الاجارة أن المساقاة تتضمن أن

* قال مالك لا تصلح
المساقاة في شيء من
الأصول مما تحمل فيه
المساقاة إذا كان فيه ثمرة
قد طاب وبدا صلاحه
وحل بيعه وإنما ينبغي أن
يساقى من العام المقبل
وإنما مساقاة ما حل بيعه
من الثمار اجارة لأنه إنما
ساقى صاحب الأصل
ثمرا قد بدا صلاحه على أن
يكفيه إياه ويجزئه له بمنزلة
الدنانير والدرهم يعطيه
إياه وليس ذلك بالمساقاة
إنما المساقاة ما بين أن يجزئ
النخيل إلى أن يطيب الثمر
ويحل بيعه * قال مالك
ومن ساقى ثمرا في أصل
قبل أن يبدو صلاحه
ويحل بيعه فذلك المساقاة
بعينها جائزة

على الداخل النفقة على رقيق الخائط وجميع ما يلزم العامل من المؤن والنفقات وان لم يكن ذلك معلوما ولا يجوز في الاجارة وقال سحنون لا يبطل العقد ويحمل على الاجارة ولا تبطل المساقاة فيه لان ما يعطاه المساقى غير مكمل على ما قاله بعض من تكلم في ذلك من أهل بلدنا لا ندلا خلافاً انه يجوز بيع نصف ثمرة حائط وما يجوز بيعه يجوز الاستئجار به وجوز الشافعي في أحد قولي المساقاة في الثمرة بعد بدو صلاحها والدليل على ما نقوله ان ما يجوز بيعه لا يجوز المساقاة فيه كالذي يبدو صلاحه من التين وغيره من الأشجار (مسئلة) ومن ساقى حائطاً قد أزهرت ثمرة له هذه السنة وسنين بعدها فقد قال مالك في المدونة يفسخ ان أدرك قبل أن تجدد الثمرة أو بعد ما جدها لانه الى هذا الموضوع له نفقته التي أنفق وعمل مثله على رب الحائط وهذا يتضمن انه لا يكون له النفقة وانما يكون له أجره مثله وما أنفق (فرع) وان عمل في النخل بعد ما جدد الثمرة لم يكن على رب المال أن ينزعه منه حتى يستكمل السنتين كليم ما قاله في المدونة وقال لانه قد عمل في الحائط والنخل فدينقص حلها في عام ويزيد في آخره ان لم يستوعب السنتين ظم أحدهما وأصل هذا ان المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها الى مساقاة المثل فانه يفسخ ما لم يعمل العامل فاذا عمل لم يفسخ وما يرد الى أجره المثل فيفسخ عمل ولم يعمل قاله ابن حبيب فجعل الفوات بابتداء العمل في وقت تصب فيه المساقاة وفي كتاب ابن المواز أدرك قبل مجيئ ثمرة قابل ففسخ وأخذ اجارة مثله ونفقته وان لم يفسخ حتى أتت ثمرة قابل لم يفسخ الى بقية السنتين فجعل النوات بظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة ولا يلزم هذا في قوله ان تجوز المساقاة في الثمرة المزهية وتكون اجارة لانه لما جع في عقد واحد عقد اجارة وعقد مساقاة لم يجز لانه ازدياد من أحدهما في المساقاة وانما يجوز سحنون اذا انفرد وقد قال في الموازية في الحائط تكون فيه أنواع مختلفة حل بيع بعضها ولم يحل بيع سائرهما فجمع ذلك في المساقاة قال وان كان الذي أزهى في الحائط الأقل جازت وان كثر لم يجز فيه ولا في غيره ومعنى ذلك جمع الاجارة والمساقاة في عقد واحد على قول سحنون وعلى قول مالك وابن القاسم لان عقد المساقاة فيها قد أزهى من الثمرة فاسد ففسد ما قار به

(فصل) وقوله وانما ينبغي أن يساقى في العام المقبل يحتمل أن يريد وقوع العقد بعد جدد الثمرة التي أزهت ويحتمل أن يريد أن يعقد لان العقد للعام المقبل فيكون أوله بعد الجداد للثمرة المزهية وانما يجوز عقد المساقاة في عام أول العام بعده لانه عقد لازم مع قرب المدة

(فصل) وقوله وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة يحتمل وجهين أحدهما انه يصح فيه بدل عقد المساقاة عقد الاجارة فأما الاجارة فلا تجوز فيه لما قدمناه ويحتمل أن يريد ان حكمه حكم الابارة وان العقد بلفظ المساقاة ولذلك قال لانه انما يساقى ثمرا بدو صلاحه على أن يكفيه اياه ويجده له كمالاً أو أعطاه على ذلك دنائراً ودرهم وليس ذلك بمساقاة يحتمل أن يريد وليس في وقت المساقاة

(فصل) وقوله وانما المساقاة ما بين أن يجد النخل الى أن يطيب ثمرة يريد ان هذه المدة التي تجوز فيها المساقاة ويحتمل أن يريد انهاء تلك المدة التي تثبت لما انعقد فيها بلفظ المساقاة حكم المساقاة وقوله بعد ذلك فتلك المساقاة جائزة يدل على انه أراد بقوله ان مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة ان مساقاته لا تجوز وانما يجب أن تعقد فيها الاجارة والله أعلم (مسئلة) ومن ساقى حائطاً يعمل فيه بثمرة حائط آخر قال مالك في الموازية لا تجوز الا أن تكون ثمرة الآخر قد أزهت فهي اجارة فان لم تزه فهي مساقاة وهذه المسئلة تدل من قول مالك على ان الاجارة تنعقد بلفظ المساقاة وقد تقدم ذكر

* قال مالك ولا ينبغي أن تساق الأرض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدينار والدراهم وما أشبه ذلك من الأمان المعلومة * قال فأما الرجل الذي يعطى أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لأن الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك رأسا فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكرى أرضه به وأخذ أمره أغررا لا يدري أيتم أم لا فهذا مكروه وإنما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيرا لسفر بشئ معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفرى هذا أجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي * قال مالك ولا ينبغي لرجل أن يؤجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته إلا بشئ معلوم لا يزول إلى غيره * قال مالك وإنما فرق بين المساقاة في الثقل والأرض البيضاء أن صاحب الثقل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكرها وهي أرض بيضاء لا شيء فيها

دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلت نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير قال لاتفعلوا ازرعوها واؤزرعوها وامسكوها قال رافع قلت سمعنا وطاعة قال ابن حبيب قال مالك فيما نهى عنه من المحاقلة هو اكرأ الارض بالحنطة ووجه ذلك من جهة المعنى انه منفعة الارض التي اكرت لها وهي المنفعة المقصودة منها انما هو الطعام الخارج فاذا اكرأها منه بطعام فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر (مسألة) وسواء كان الطعام الذي اكرت به الارض مما تنبت به الارض كالحب والتمر أو مما لاتنبته كاللحم واللبن فان ذلك لا يجوز قتاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون وقال ابن كنانة لا يكرى بشئ اذا أعيد فيها نبت وتكرى بغير ذلك من طعام أو غيره مما لاتنبت وقال ابن نافع وغيره لا تكرى بالحنطة وأخواتها وتكرى بغير ذلك من طعام وغيره وقال ابن حبيب وكره مالك اكرأها بالطعام لانه طعام بطعام مؤجل وقال ابن الماجشون انما كرهه لانه من المحاقلة الا أن تكون أرضا لاتنبت ذلك الشئ كالقطن والزعفران في أرض لاتنبتهما * قال القاضي أبو الوليد وجه كراهيته عندي ما أخرجه البخاري من حديث اسحق بن أبي طلحة عن أنس بن مالك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والدليل على ذلك ما روى رافع بن خديج أن النبي نهى عن كراء المزارع وهذا عام الا ما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذا طعام فلم يجوز كراء الارض به كالقمح ووجه قول ابن كنانة ان هذا مما لا يزرع في الارض فجاز أن تكرى به كالحطب والجنود ووجه قول ابن نافع ان كل ما يجوز التفاضل بينه وبين القمح فانه يجوز أن تكرى به الارض كالذهب والفضة (مسألة) ولا تكرى الارض بشئ مما يخرج منها من النبات مما ليس له أصل ثابت وان كان مما لا يؤكل كالكتان هذا قول مالك وابن القاسم في المدونة ولا بشئ من الحشيش وقال ابن المواز لا بأس أن تكرى الارض بالخضر قال الشيخ أبو محمد يريد من الكلا لانه ليس مما يزرع ولا من الطعام ووجه قول مالك انه مما تنبت به الارض وليس له أصل ثابت فلم يجوز أن يكرى به كالقمح ووجه القول الثاني انه انما يكره كراء الارض بما يخرج منها لئلا يعطيك مما تنبت أرضك أو يدخله الجزارف المجهول بين ما يأخذه منه وما تنبت به أرضك فاذا كانت الارض لاتنبت ذلك الجنس فقد أنت ذلك كله (فرع) فاذا قلنا لا يجوز كراءها بالكتان فانه يجوز بالثياب من الموازية ووجه ذلك انه قد استحال عن جنس الاصل فليس هو مما تنبت الارض (مسألة) ولا بأس أن تكرى بالجنود والحطب والخشب والعود وبأصل شجر لا يثمر ووجه ذلك انه أصل ثابت من جنس الارض ولانه يتبعها بمجرد العقد بخلاف الزرع فكأنه انما اكرأها بأرض أخرى وذلك جائز وقال ابن الماجشون انما أجازها بالخشب لانه ليس الذي يزرع وهذا الذي ينقص بالكتان والقطن فانه لا يزرع ومع ذلك فلا يجوز أن تكرى الأرض بهما

(فصل) وقول مالك ولا ينبغي للرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشئ معلوم يريد معلوم الجنس والصفة والقدر بكميل أو وزن أو عدد أو حرران كان قريبا غير متعلق بالذمة وليس كذلك من يكرى أرضه بجزم مما يخرج منه فان ما يخرج غير معلوم والصفة والقدر ولا امرئ ينظر اليه (فصل) وانما فرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء ان صاحب النخل لا يقدر أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكرى بها يريد أن النخل لا يجوز أن يبيع منفعتها المقصودة منها وهي الثمرة على الوجه المعتاد لما يبدو صلاحها فاذا بدا وازداد لم تجز فيها المساقاة وصارت بمنزلة

الأرض البيضاء لما جاز أن تباع منفعتها المقصودة منها وهي الزراعة فيها واكثر أوقافها للزرع قبل
الصلاح لم تجز المساقاة فيها ص قال مالك والأمر عندنا في النخل أيضاً أنها تساقى السنين
والثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر قال وذلك الذي سمعت وكل شيء مثل ذلك من الأصول
بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز في النخل ش قال القاضي أبو الوليد
ومعنى ذلك عندي أن عقد المساقاة عقد لازم قال الشيخ أبو إسحاق عقد المساقاة لازم للتعاضدين
وليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضا صاحبه ولومات أحدهما لكان ورثته مكانه وفي الموازية
إذا انعقدت المساقاة فليس لأحدهما رجوع وإن لم يعمل كالأجارة بخلاف القراض وقد رأيت
لبعض القرويين أنه لو مات قبل الجداد لبطلت المساقاة وليس كالعقود اللازمة وإن لم ينض
ولعله تعلق في ذلك بما روي في عين السقي تغوران كان ذلك قبل العمل فلا شيء على رب الخائط وإن
كان بعد العمل لزمه أن ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة وإن لم يكن عنده شيء فللعامل أن ينفق
ويكون نصيبه من الثمرة رهناً بفسده وفي المدونة في العامل ينضم فيسأل الاقالة قبل العمل فيأبى
صاحب الخائط أن يقبله فيعطيه على ذلك مائة درهم فلا يجوز عند مالك قبل العمل ولا بعده وهذا
يقضي لزوم قبل العمل ولو لم يلزم قبل العمل لما حقه ندم ولا سؤال اقالة ولا زاد ذلك مائة وأما
القبض فلا تأثير له ولذلك لم يؤثر في القراض وإنما التأثير للعمل وقد قال ابن حبيب المساقاة بيع
من البيوع إذا عقدها بينهما لم يجز لأحدهما أن يرجع فيها حتى يتم أجلها (مسئلة) إذا ثبت أنه
عقد لازم جاز أن يعقدوا جائب عنده كآراء الأرض وماليس بلازم ومن العقود جائزة
كالشركة والقراض فإنه لا يجوز أن يعقدوا العقداء طلقاً لا يشترط فيه وجائب لأن ذلك يقضي
للزوم (مسئلة) وجائبه بالشهور والسنين قاله الشيخ أبو إسحاق وابن حبيب ووجه ذلك أن
أجرة العامل لا تصح أن تكون إلا من الثمرة التي يعمل في أصلها بجزء منها فكان العمل إلى أن
يمكن قسمتها كرجح القراض ومعنى قوله بالسنين يريد من الجداد إلى الجداد

* قال مالك والأمر عندنا
في النخل أيضاً أنها تساقى
السنين والثلاث والأربع
وأقل من ذلك وأكثر قال
وذلك الذي سمعت وكل
شيء مثل ذلك من الأصول
بمنزلة النخل يجوز فيه لمن
ساقى من السنين مثل
ما يجوز في النخل

(فصل) وقوله أن النخل يجوز أن يساقى لسنين وثلاثاً وأربعاً وأقل من ذلك وأكثر يريد ما لم
يكتر ذلك جداً قال ابن القاسم في المدونة في العشر سنين والثلاثين والخمسين ولم أسمع من مالك فيه
شيئاً ولا أدرى ما ههنا وما لم يكتر جداً فلا بأس به (مسئلة) ومن أخذ النخل مساقاة ثلاث سنين
فعمل في النخل سنة ثم أراد أن يترك لم يكن له ذلك حتى يتم أجل المساقاة إلا أن يترافيا قبل ذلك
(مسئلة) إذا ثبت أنه عقد لازم فإن لها أن يتناركا بغير جعل ولا يجوز أن يعطيه العامل شيئاً قبل
العمل ولا بعده وقاله مالك في المدونة قال ابن القاسم وإنما جاز ذلك لأن العامل يجوز أن يدفع النخل
إلى غيره مساقاة فإذا ردها إلى ربه فقد ساقاه فيها ولم يجر عندي أن يزيد شيئاً لأنه يكون زيادة من
أحد المساقين وذلك يمنع صحة المساقاة ولا يجوز أن يقول صاحب الخائط له أخرج وأعطيك قبة
ما أنفقت وإن رضيا بذلك لما قدمناه من الزيادة في المساقاة (فرع) فإذا قلنا بذلك فلا بأس أن
يدفع العامل النخل مساقاة إلى رب الخائط بأقل مما أخذ منه ما لم تطب الثمرة قاله مالك في العتية قال
محمد ومالم يضمن له الجزء الباقي من الثمرة ولا يجوز ذلك بأكثر من ذلك الجزء حتى يحتاج العامل أن
يزيد من حائط آخر ووجه ذلك أنه إذا ساقاه بأقل من ذلك الجزء فهي مساقاة صحيحة لأن العامل
الأول لم يعمل صار بمنزلة صاحب الخائط يجوز له أن يساقيه صاحب الخائط بأقل من ذلك الجزء
فيبقى للعامل في الخائط سدس أو ربع كما يبق لصاحب الخائط إذا ساقى غيره فإذا ساقاه بأكثر من

ذلك الجزء لم يجز ذلك لانه بمنزلة أن يشترط صاحب الحائط للعامل جزأ زائداً من حائط آخر على جميع ثم حائط المساقى وروى ابن ميسر عن ابن القاسم عن مالك أن لم يعمل جاز أن يعطيه صاحب الأرض جزأ من الثمرة وإن عمل لم يجز ذلك (مسئلة) ولو اطلع على أن العامل سارق مبرح يخاف منه أن يقطع النخل ويذهب بالثمرة أو يخرب الدار ويبيع أبوابها لم يكن له إخراجها عند ابن القاسم واحتج لذلك بما قال مالك في الرجل يبيع السلعة من رجل مفلس والبائع لا يعلم بفلسه أن البيع لازم فهذا مثله * قال القاضي أبو الوليد والذي عندي أن المساقى شريك في أصل الثمرة والشريك لا يستطيع شريكه أن يخرج منه من عين حقه لما يظهر فيه من خيانة ولا غيرها (مسئلة) ولا تنفسح المساقاة بموت أحد المتساقين فإن مات العامل عمل ورثته إن كانوا أمناء كما كان صاحبهم يعمل فإن أبوا ذلك كان مال الميت لازمهم وإن كانوا غير أمناء لم يسلم اليهم ويأتون بأمين قاله ابن القاسم في المدونة ففرق بين هذه المسئلة وبين أن يظهر من العامل سرقه أو غارة وذلك لأن العامل تعلقت المساقاة بذمته وماله ولزمته أكثر لزومها للورثة فلما طلع في النخل على قلة حمل وضعف لزومه المساقاة وكذلك إذا طلع منه على عيب والورثة لاتعلق المساقاة بأموالهم ولا يلزمهم أن كرهوها وإنما تلزم تركه الميت إن كان له مال ولذلك لم يلزم صاحب الحائط بسرقته وخيانتهم (مسئلة) ولو أجيبت الثمرة فقدر وى أشهب عن مالك لا جائحة في المساقاة وليس للعامل أن يخرج وهما تترك في النماء والنقصان وروى عنه سعد إن بلغت الجائحة الثلث فللعامل أن يسقى الحائط كله أو يخرج قال محمد ولا شيء له من علاجه ونفقته وجه القول الأول أنهم ما شريكاً فلم يفسخ ذلك بينهما بالجائحة وجه القول الثاني أن عمله عوض من حصته من جميع الثمرة فإذا أجيبت كان له ترك ذلك كما لو اشتراها (فرع) وهذا إذا كانت الجائحة شائعة في الحائط فاما إذا أجيبت جهة وسامت أخرى فيلزم المساقاة فيما سلم إلا أن يكون بعد أخذ الثلث فأقل قاله محمد ص * قال مالك في المساقى أنه لا يأخذ من صاحبه الذي ساقاه شيئاً من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيئاً من الأشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغي أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيئاً يزيده إياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شيئاً من الأشياء والزينة في زيادة فيما بينهما لا يصلح قال مالك والمقارض أيضاً بهذه المنزلة لا يصلح إذا دخلت الزيادة في المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه يصلح ولا ينبغي أن تقع الاجارة بأمر غير لا يدري أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر * ش قوله ولا يأخذ من الذي ساقاه معنى العامل شيئاً من ذهب ولا ورق ولا شيئاً من الأشياء يزداده يريد أن صاحب الحائط ليس له أن يشترط على العامل شيئاً يزداده غير حصته من الثمرة يريد بمناقضه خارجاً عن العمل في الحائط وأما اشتراطه عليه العمل في الحائط فأنما كان ذلك شرطاً في صحة عقد المساقاة لأن عقد المساقاة على ما قدمناه مبنى على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لا يجوز أن يكون للثمره عوض غير العمل لانه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل ظهورها ولا يزداد العامل من رب الحائط شيئاً لانه لا يجوز أن يقارن المساقاة ببيع ولو شرط على صاحب الحائط شيئاً لكان ذلك عوضاً من بيع عمله فاجتمع عقد مساقاة وبيع وذلك غير جائز (مسئلة) ولو عقد مساقاة على جزء من الثمرة بعد أن عمل صاحب الحائط فيه أشهراً فإن كان على أن يبيعه بمساقى لم يصلح وإن كان ملغى فلا بأس بذلك رواه أشهب عن مالك في العتبية والموازية ويدخله ما ذكرنا من إزداد صاحب الحائط من العامل دنائراً أو دراهم وذلك غير جائز ولو كانت المساقاة على أن جميع الثمرة للعامل فذلك جائز إلا أن يكون صاحب

* قال مالك في المساقى أنه لا يأخذ من صاحبه الذي ساقاه شيئاً من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيئاً من الأشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغي أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيئاً يزيده إياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شيئاً من الأشياء والزينة في زيادة فيما بينهما لا يصلح * قال مالك والمقارض أيضاً بهذه المنزلة لا يصلح إذا دخلت الزيادة في المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه لا يصلح ولا ينبغي أن تقع الاجارة بأمر غير لا يدري أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر

الحائط سقاه قبل ذلك بأشهر رواه أشهب عن مالك في العتبية ووجه ذلك أنه يأخذ منه قبة سقيه
فقد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها * قال القاضي أبو الوليد وان ألغاه فعندى أنه يجوز
(فصل) وقوله ولا ينبغي أن يأخذ المساق من رب الحائط شيئا من الأشياء يريد أنه كلما ازداد صاحب
الحائط من العامل شيئا كذلك لا يزداد العامل من صاحب الحائط شيئا وانما تنعقد المساقاة على أن
العمل عوض عن حصته من الثمرة وانما يجوز أن يزداد أحدهما من الأجرة مما لا يلزم به عقد المساقاة
يسير العمل في الثمرة فاما ما زاد من غير ذلك فلا يجوز قليله ولا كثيره لان ازدياد صاحب الحائط
من العمل يخرج به الى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرج به الى
أن يقرن عقد المساقاة عقد اجارة وذلك غير جائز لثنا فيهما ولو جازت الاجارة في الأشجار لما جازت
فيها المساقاة ووجه آخر وهو ان الاجارة ينفى بها الغرر والمساقاة لا تصح الا فيما فيه الغرر فلم يجز
اجتماعهما كالاجارة والجعل ص * قال مالك في الرجل يساقى الرجل الارض فيها النخل أو
الكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول فتكون فيها الأرض البيضاء قال مالك اذا كان البياض تبعا
للأصل وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر
ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك أو أكثر ان البياض حينئذ تتبع للأصل * ش قوله ان
البياض مع النخل في المساقاة انما يصح اذا كان تبعا للنخل وهو أن يكون الثلث من الجملة والنخل
ثلثها حينئذ يكون البياض تبعا للنخل فان كان البياض أكثر من الثلث لم يجز وتذكر في المدونة
ابن القاسم في النخل يكون تبعا للبياض في الكراء انه لم يبلغ به الثلث في إحدى الروايتين وعلى
هذا ان قصر على الثلث جاز أن يكون تبعا قول واحد أو ما كان أز يد من الثلث لم يجز ذلك فيه
قول واحد وأما الثلث فاختلف قوله فيه فرة جعله في حيز اليسير الذي يكون تبعا ومرة جعله
في حيز الكثير الذي لا يكون تبعا ووجه القول الاول ان كل موضع جعل الثلث فيه حد بين ما يجوز
وبين ما لا يجوز فانه من جملة ما يجوز كالوصية وهبة الزوجة ووجه القول الثاني ما روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال الثلث والثلث كثير (مسألة) وحكم ما لا تجوز المساقاة فيه مع ما يجوز
المساقاة فيه حكم الأرض البيضاء مع النخل وقد قال مالك في الموازنة فلا بأس أن يساقى الحائط وفيه
من الموز ما فيه تبعا قدر الثلث فأقل قال محمد ويكون بينهما على سقاء واحد ولا يلغى لاحدهما
(فرع) وفيما يراعى الثلث من البياض الظاهر من أقوال أصحاب مالك ان ذلك فيما يلغى وفيما
شرط على حكم المساقاة وقال ابن عبدوس انما يراعى أن يكون تبعا للثمره كلها اذا كان بينهما فاما اذا
ألغى فاما يراعى فيه أن يكون تبعا لحصة العامل خاصة ووجه قول ابن عبدوس ان ما صار للعامل يجب
أن يكون تبعا للحصة اذا لم يبلغ (مسألة) وصفة اعتبار ذلك أن ينظر الى كراء الأرض فكأنه
خسة دنانير والى غلة النخل على المعتاد من حالها ويسقط من ذلك قدر الانفاق على الثمرة فان بقي من
ذلك عشرة دنانير أضيفت الى كراء الأرض فيكون خمسة عشر فيجوز ذلك لأن كراء الأرض
تبع ولو بقي من قيمة الثمرة ثمانية دنانير لم يجز لأن الخمسة اذا أضيفت الى ثمانية كانت أكثر من
ثلث الجملة (مسألة) فاذا قلنا يجوز في البيع ويجوز الغاؤه للعامل فهذا ان عمل العامل حتى
تكمل المساقاة فهو له على حسب ما ألغى له وان خرج من الحائط بجائحة أصابته وقدر ربح العامل
فقدر روى ابن أشرس عن مالك عليه كراء البياض ولو عجز عن عمل الحائط فقدر روى عن علي بن
زيد عن مالك عليه كراء الأرض بكراء مثله (مسألة) وان كان البياض بينهما فقد قال ابن القاسم

* قال مالك في الرجل
يساقى الرجل الأرض فيها
النخل والكرم أو ما أشبه
ذلك من الأصول فيكون
فيها الأرض البيضاء قال اذا
كان البياض تبعا للأصل
وكان الأصل أعظم ذلك
أو أكثره فلا بأس بمساقاته
وذلك أن تكون النخل
الثلثين أو أكثر ويكون
البياض الثلث أو أقل
من ذلك وذلك أن البياض
حينئذ تتبع للأصل

* قال مالك واذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الأصول فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز في ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك ان من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض وتكرى الأرض وفيها الشيء اليسير من الأصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويتاعونها ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه إذا كان الشيء من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو السيف في الأرض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل يجوز ذلك في الكراء أصل ذلك جواز ذلك إذا كانت ثمرة النخل الثلث وقد منع منه في المدونة فروى ابن القاسم عن مالك أنه يجوز في اليسير وأبي أن يبلغ به الثلث فلم يختلف قول مالك في يسير الغلة مع الأرض في الكراء وإنما يختلف قوله في تحديد ذلك اليسير فمرة يجعل الثلث في حيز اليسير ومرة يجعله أول الكثير وما قصر عنه فهو من جملة اليسير وقد تقدم ذكر ذلك والله أعلم (فصل) وقوله وحرمت فيه المساقاة يحتمل أن يريد به أنها تحرم في الجملة من البياض والنخل وأما إذا أفردت النخل بالمساقاة فلا بأس بذلك لأنه لا يجوز أن يفرق بالكراء وقد جاز مالك المساقاة في النخلة الواحدة والنخلتين

انما يجوز ذلك على سقاء الحائط ولا يجوز على غير ذلك وقاله أصبغ وقال أصبغ أيضا إذا كانت المساقاة على النصف وشرط للعامل ثلاثة أرباع البياض جاز وجه قول ابن القاسم ان المساقاة إذا انعقدت بجزأين مختلفين لم يجر كالخائطين أو بعض أنواع الشجر ووجه قول أصبغ الثاني ما احتج به لأنه يجوز أن يكون له جميع البياض وهو مخالف لجزء المساقاة فكذلك إذا شرط عليه جزأ أكثر من جزأيه في المساقاة (مسئلة) ومن أخذ زرع مساقاة فعد عجز عنه صاحبه ومعه أرض بيضاء تبعا للزرع في الموازية ان ذلك يجوز منه ما يجوز من البياض مع الأصول ووجه ذلك انه تبع للأصل تصح فيه المساقاة كالنخل (مسئلة) وان ساقى زرع عجز عنه صاحبه وفيه نخل تبع للزرع فانه يجوز أن يساقى ذلك مساقاة واحدة قاله ابن القاسم في المدونة وقال في الموازية وكذلك إذا كان الزرع تبعا للنخل (فرع) اذا قلنا بجواز ان يجمع النخل والزرع في المساقاة فاذا كانت النخل تبعا للزرع لم تجز المساقاة على منذهب ابن القاسم الا بشرط أن يعجز صاحب الزرع عنه واذا كان الزرع تبعا للنخل جازت المساقاة وان لم يعجز عن الزرع قاله ابن المواز (مسئلة) وهل يجوز الغاء النخل التي هي تبعا للزرع للعامل قال ابن القاسم في المدونة انه بخلاف البياض مع النخل ولا يجوز الغاء ذلك للعامل وكذلك الزرع الذي هو تبعا للشجر كأصناف من الشجر لا يجوز أن يلغى صنف منها للعامل وروى ابن وهب عن مالك ان ذلك يجوز أن يلغى للعامل وحده واذا كان تبعا كمكثري الدار فيها نخل هي تبعا ولا يجوز أن يكون بينهما وعلى هذا يجوز أن تلغى المؤن للعامل اذا كانت تبعا للحائط ص قال مالك اذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الأصول فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز في ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض وتكرى الأرض وفيها الشيء اليسير من الأصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويتاعونها ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه إذا كان الشيء من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو السيف في الأرض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل يجوز ذلك في الكراء أصل ذلك جواز ذلك إذا كانت ثمرة النخل الثلث وقد منع منه في المدونة فروى ابن القاسم عن مالك أنه يجوز في اليسير وأبي أن يبلغ به الثلث فلم يختلف قول مالك في يسير الغلة مع الأرض في الكراء وإنما يختلف قوله في تحديد ذلك اليسير فمرة يجعل الثلث في حيز اليسير ومرة يجعله أول الكثير وما قصر عنه فهو من جملة اليسير وقد تقدم ذكر ذلك والله أعلم (فصل) وقوله وحرمت فيه المساقاة يحتمل أن يريد به أنها تحرم في الجملة من البياض والنخل وأما إذا أفردت النخل بالمساقاة فلا بأس بذلك لأنه لا يجوز أن يفرق بالكراء وقد جاز مالك المساقاة في النخلة الواحدة والنخلتين

فيه الاجارة وان كان فيه اليسير مما لاتجوز فيه الاجارة وماجازت مساناته كانت فيه المساقاة وان كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة

(فصل) وقوله ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراماً وقصر عنه كان حلالاً يريد انه لم يرد في ذلك من جهة الشرع حديدين مايجوز منه وما لايجوز وانما هذا التحديد باجتهاد العلماء في فعلهم الثلث في حيز التبع للثلثين أو في حيز ما لايجوز ذلك فيه والله أعلم (مسئلة) ومن اكترى دارا فيها نخل ثمرها تبع لكراء الدار فتهدمت الدار في نصف السنة فقدر روى عيسى عن ابن القاسم وأبو زيد عن ابن القاسم لو كانت النثرة قد طابت وكانت تبعا لما سكن فهو لكترى وعليه ثلثا الكراء ان كانت قيمة النثرة الثلث فان لم تطب فهي لصاحب الدار على المكترى ثلث الكراء ذال يحيى بن عمر وكذلك لو طابت النثرة وليست بتبع لما سكن فهي لصاحب الدار وقد فسد فيها البيع وقال محمد بن المواز النثرة راجعة الى صاحبها طابت أو لم تطب ووجه القول الاول انها اذا طابت وكانت تبعا لما سكن فانما وقع الفسخ من العقد فيها لا يؤثر في بيع النثرة لأنه لو أفردي بيع النثرة بمصاح من الكراء لجاز ذلك فكذلك في مسئلته ووجه القول الثاني ان النثرة قد تبعت ما فسخ من التبايع كما تبعت ما جاز منه فلما فسخ ما عى تبع له انفسخ البيع لانه لايجوز افرادها بالبيع واذا فسد بعضها لذلك فسد جميعها

الشرط في الرقيق في المساقاة

ص * قال مالك ان أحسن ماسمع في عمل الرقيق في المساقاة يشترطهم المساقى على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا أنه يتخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا في المال اشدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة في العين والنضح ولن تجدا أحدا يساقى في أرضين سواء في الأصل والمنفعة احداهما بعين واثنه غزيرة والاخرى بنضح على شيء واحد خلفه مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والواحدة الثابت ماؤدا التي لا تغور ولا تنقطع * ش قوله في عمل الرقيق في المساقاة انه لا بأس أن يشترطهم العامل على صاحب الأصل يريد الرقيق الذين كانوا عمال الحائط وقت المساقاة وقد قال مالك في المدونة انه لايجوز لصاحب الحائط أن يشترط اخراجهم اذا كانوا فيه يوم المساقاة ولكن لو أخرجهم قبل ذلك ثم دفع الحائط مساقاة لم يكن بذلك بأس فعلى هذا انما يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الالباس على حسب ما قال ان من استأجر راعيا برعى له غنمه سنة انه يجب أن يشترط أن الغنم ماتت كان عليه أن يرعى له مثلها وهذا لو لم يشترطه لكان هذا حكمه ويحتمل أيضا أن يكون على وجه اقرار رب الحائط له بانهم في حائطه عند عقد المساقاة وقد روى عيسى عن ابن القاسم في العامل مجهل فلا يستثنى ما في الحائط من دواب ورقيق ويقول صاحب الحائط انما ساقيتك بغير دواب ولا رقيق انهما يتحالفان ويتفاسخان قال الشيخ أبو محمد انظر هذا وهو لايجوز عنده اخراج دوابه فقد صار مدعيا لما لايجوز * قال القاضي أبو الوليد ومعنى المسئلة عندي على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل فلا يقر صاحب الحائط على انهم في الحائط يوم المساقاة ولا يشهد عليه بذلك ويعتقد انهم في الحائط وانهم به مجرد العقد على الواجب في ذلك ثم اختلفوا فقال صاحب الحائط لم يكونوا في الحائط يوم العقد وقال العامل بل كانوا فيه فانهم يتحالفان ويتفاسخان وقد روى ابن مزين رواية عيسى عن ابن

الشرط في الرقيق

في المساقاة

* قال يحيى قال مالك ان أحسن ماسمع في عمل الرقيق في المساقاة يشترطهم المساقى على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا أنه يتخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا في المال اشدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة في العين والنضح ولن تجدا أحدا يساقى في أرضين سواء في الأصل والمنفعة احداهما بعين واثنه غزيرة والاخرى بنضح على شيء واحد خلفه مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والواحدة الثابت ماؤدا التي لا تغور ولا تنقطع

القاسم فقال يتعالفان ويتفاسخان الآن يمضي رب الخائض الرقيق فتزوم المساقاة الى أجلها وهذا يدل على صحة العقد على حسب ما قلناه وقد اختلف أصحابنا في أصل هذه المسئلة واطلاق عقد المساقاة فقال عيسى بن دينار وابن نافع في المدينة لا يكون الرقيق والدواب للعامل الا بالشرط والعقد لازم صحيح وفي الواضحة ان ما في الخائض من الاجراء والدواب والدلاء والحبال والاداة من حديد وغيره مما يكون فيه يوم السقاء يستعين به العامل وان لم يشترطه وقال محمد بن الموازي ان شرط ذلك رب الخائض لم يجز واحتج عيسى لقوله بان لصاحب الخائض ان يقول لو اشترطتهم على ما ساقيتك الاعلى أقل من هذا الجزء وهذا يقتضي ان له أن يساقيه على اخراج الرقيق والدواب وقول ابن القاسم مبني على أن ذلك لا يجوز وقد احتج له بما تقدم (فرع) فاذا قلنا لا يجوز لصاحب الخائض أن يشترط اخراجهم فان شرط رب الخائض اخراج من فيه من الرقيق والدواب ففي الموازنة ان عمل على هذا للعامل أجر مثله وروي عيسى عن ابن القاسم في المدينة مساقاة مثله قال محمد بن الموازي قد كان يقوله ثم رجع الى أجر مثله وأما لو اتفقا على انهم كانوا في الخائض يوم العقد فان صاحب الخائض ان ادعى انه قد شرط اخراجهم لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن يوافقه العامل على ذلك فيفسد العقد فيفسخ قبل العمل ويرد بعد العمل الى أجر مثله وإما أن ينكر العامل ويدعي انه قد شرط ابقاءهم فالقول قول العامل وكذلك لو لم يدع العامل شيأ أكثر من انه أنكر الشرط لانه يدعي الصحة وصاحب الخائض يدعي الفساد ولو أقر صاحب الخائض انه لم يشترط شيأ وادعى انه اعتقد اخراجهم لم ينظر الى ما ادعاه وكانوا للعامل والله أعلم (مسئلة) ولو كان في الخائض اجراء فأجرتهم على صاحب الخائض ووجه ذلك ان الخائض انما أخذه العامل مساقاة على صفته التي هو عليها حين العقد وانما يكون على تلك الصفة بعمل العمال من الرقيق والاجراء والدواب فلا يجوز اخراج شيء من ذلك عنه كما لا يجوز أن يدفع اليه حائطه مساقاة ويستثنى ماء الذي يسقى وحيه به (مسئلة) ومن مات من الرقيق والاجراء والدواب بمن هو لصاحب الخائض فعليه خلف ذلك قاله مالك في المدونة زاد في غيرها وان لم يشترط العامل ذلك عليه ووجه ذلك أن بقاءهم في الخائض شرط في صحة المساقاة فلا يجوز أن يخلو وقت من أوقات المساقاة منهم فلا يتعلق العقد بأعيانهم الا مع بقاءهم فان عدموا لزم صاحب الخائض الاتيان بعوضهم ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر يعينه على الخدمة فان الاجارة تبطل بموته والفرق بينهما على وجهين أحدهما أن يكون العقد انما يكون يقع على عمل في ذمة صاحب الخائض ولكن تعين لهؤلاء الاجراء والعمال والدواب بالتسليم واليد كالذي يكثرى راحلة مضمونة ثم يسلم احدي راحله الى الراكب فانه ليس له أن يبدلها والثاني أن يتعين الرقيق والدواب بالعقد ويكون على صاحب الخائض خلف ذلك ان تلف بمقتضى العقد لان عمل الرقيق ليس بمقصود بالعقد والعقد ثابت بموت من مات منهم فلذلك لزم العوض فيهم (فرع) وهذا اذا كان الأجير مستأجرا للجميع العام وان كان مستأجرا لبعضهم فمأر فيه نصا وعندى ان عليه أن يعرض منه من يتم العام لانه لو مات للزمه ذلك فكذلك اذا انقضت مدة اجارته ولا يمنع ذلك صحة العقد لان عمل الأجير في الخائض متعلق بذمة صاحب الخائض أو بمعنى ما يتعلق بذمته (مسئلة) ولو استعمل ما في الخائض من الحبال والدلاء والآلة حتى خلق ولم تكن فيه منفعة فعلى العامل خلف ذلك ولو سرق ذلك لكان على صاحب الخائض خلفه بمنزلة الرقيق والدواب لتلك وقد رأيت لبعض العلماء من شيوخنا وقد قيل فيه غير هذا ان على صاحب الخائض خلف ذلك في الوجهين الأول وعندى أظهر (مسئلة) ونفقة الاجراء والرقيق والدواب على

العامل دون صاحب الحائط بخلاف الأجرة ووجه ذلك ان الأجرة معنى لزوم رب الحائط قبل عقد المساقاة وكذلك أثمان الدواب والرقيق وليس كذلك النفقة عليهم فانه بمعنى طرأ بعد عقد المساقاة وبه يتم العمل فكان ذلك على العامل لان جميع العمل الطارى عليه (مسئلة) ولو شرط النفقة على صاحب الحائط لم يجز ذلك من الواضحة والموازاة لان النفقة الطارئة بعد العقد على العامل (فصل) وقوله لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل بالتحفيف العمل يريد انهم كانوا عمال المال قبل ذلك الى حين العقد فظهور المال وقوته وكثرة عمارته انما كان بعملهم ولهم فيه تأثير فكانوا بمنزلة الماء الذي به صلاح الحائط ونماؤه فلا يجوز لذلك اخراجهم من المال لان ذلك بمنزلة السقي وسائر ما يتصل الانتفاع به ولما كانت المساقاة تختلف بما آثره العامل في الحوائط فادقوى الحائط بالعمل وضعف بقلته كما يقوى بالسقي ويضعف بعدمه وتختلف رغبة العامل فيه بحسب اختلاف ذلك لم يجز اخراج الرقيق كما لا يجوز الاستمسك بالماء (فرع) وهذا اذا كان الرقيق والدواب في الحائط حين المساقاة وأما لو اخرجهم قبل ذلك لصحت المساقاة على استمسك صاحب الحائط لهم ومتى يكون اخراجهم يبيح الاستمسك لهم لم أر فيه نصا محررا (فصل) وقوله ولن تجلأ أحدا يساقى في أرضين سواء في الأصل والمنفعة أحد هما بعين واثنة غزيرة والأخرى بنضح على شئ واحد يريد ان الأرضين ذاتا سوتا في طيب الأرض وقوة النخل وكثرة غلتها الا ان احدهما السقي بانضح ما مون غزير لا يتكلف عمل في اخراجه والسقي به والثانية سقيها نضح يتكلف فيه المؤنة يأخذ همانسة واحدا في عقدين الآن يأخذ أحدهما المكال الآخر في عقد واحد وذلك مما يدل على ان خلفه العمل وشدة تأثيرا مقصودا في المساقاة فلا يجوز أن يشترط منه الا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة لان في اشتراط غير ذلك على العامل عمالا لصاحب الحائط يعمله العامل في غير الحائط وفي اشتراط ذلك على صاحب الحائط اشتراط كثير العمل عليه وذلك كله غير جائز وبما بين ذلك ويوضحه أن صاحب الحائط لو عمل في الحائط أقل السنة أو أكثره انما ساقاه على أن يعطيه العامل قيمة ما عمل في ذلك العام لم يجز ذلك فاشتراط العمال الذين في الحائط بمنزلة اشتراط قيمة ما عمل فيه وذلك كله غير جائز (فصل) وقوله الوائنة الثابت ماؤها التي لا تغور ولا تنقطع الرواية المشهورة عن يحيى وغيره الوائنة بالتاء المعجمة بنقطتين وقال أبو عبيد في الغريبين الوائن الدائم وفي الحديث اماتية فعين حارية وأما خير فاء وائن ولم يذكر وائنا بالتاء المعجمة بثلاث نقط وحكى صاحب العين الوائن المقيم بالتاء بثلاث نقط ولم يذكر وائنا بالتاء المعجمة بنقطتين فعلى هذا تصح الروايتان وأما ابن عمر فقال وائنة ولم يذكر التفسير ص قال مالك وليس للساقى أن يعمل بعمل المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه ش قوله وليس للساقى أن يعمل بعمل الحائط في غيره يريد من وجد في الحائط من الرقيق فاشتراطهم حين العقد أو وجب له ذلك بمجرد أنه ليس له أن يستعملهم في غير ذلك الحائط يريد من حوائطه التي يملكها أو حائط رجل أجنى اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة وأما ان كان الرقيق للعامل فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء لانه انما عليه العمل في الحائط على صفة معلومة فعليه أن يأتي بها على كل حال ويعمل من شاء (فصل) وقوله ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه يريد انه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط في العقد فان فعل منع من ذلك ولا يفسد العقد ولا يتغير شئ منه ولا يجوز أن يشترط ذلك زاد في الواضحة ويفسد هذا الشرط المساقاة لان اشتراط الزيادة فيها ينافي صحتها (فرع) فان شرط ذلك وفسدت

* قال مالك وليس للساقى أن يعمل بعمل المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه

المساقاة وفانت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى أجره مثله ص **✽** قال مالك ولا يجوز للذي ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم في الحائط ليسوا فيه حين ساقاه إياه **✽** ش قوله لا يجوز للذي ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا ليسوا في الحائط يريد أن يشترط عملهم في حائط المساقاة لأن ذلك ازدياد يزداده العامل على رب الحائط مما يلزم العامل ولا يجوز أن يشترط منه ماله فبما لأن المساقاة مبنية على مساقاة ازدياد أحد المتساقين على ما يقتضيه مطلق العقد ومطلق العقدية تقتضي جميع العمل على العامل والأصل في ذلك ما روي نافع عن ابن عمر أن اليهود سألت النبي صلى الله عليه وسلم ليقرهم على أن يكفوا العمل ولهم نصف الثمر فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم نفركم بها على ذلك ما شئنا ولا نناقدهم منا أنه لا يجوز اشتراط صاحب الحائط إخراج من في الحائط من الرقيق والدواب فبأن لا يجوز للعامل اشتراط من ليس في الحائط أخرى وأولى (فرع) وقد جوز مالك أن يشترط العامل من ذلك التافه اليسير قال في المدونة كالعمد والداية قال ابن القاسم وغيره وذلك في الحائط الكبير قال كان الحائط صغيرا لم يجز ذلك عندي لأنه يشترط عليه حينئذ جميع العمل ووجه الجواز في الحائط الكبير لأنه يجوز لكل واحد من المتساقين أن يشترط على صاحبه اليسير مما يلزمه عمله كما يشترط صاحب الحائط على العامل سد الخطار والنفقة اليسيرة في الظفيرة والقف (فرع) فإذا قلنا بجواز أن يشترط الغلام والداية فإن من حكم ذلك أن يشترط بقاءه في الحائط مدة المساقاة وإن مات أخلف ذلك رب الحائط قاله ابن القاسم في المدونة وقال في العتبية لو لم يشترط ذلك لم يجز ولو شرط رب الحائط أن يخلفه فقد قال في الواحدة لا يجوز ذلك ووجه ذلك ما فيه من الغرر لأن ما عقد باق لا يبطل بموت الغلام فإذا لم يكن عليه خلفه فقد اشترط عمله مدة مجهولة وذلك غير جائز (مسألة) ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط غلامه معه قاله ابن القاسم في المدونة وقال سحنون إذا كان الحائط كبيرا يجوز اشتراط الغلام فيه جازا اشتراط عمل رب الحائط فيه ووجه قول ابن القاسم أن من حكم المساقاة أن يكون الحائط بيد العامل كالقراض وعمل رب الحائط يمنع من ذلك ووجه قول سحنون أن هذا اشتراط عمل عامل واحد في حائط كبير فجاز ذلك كما لو اشترط عمل أجير (فرع) فإن لما يقول ابن القاسم فعمل على ذلك في المدونة يرد إلى مساقاة مثله وقال ابن المواز يرد إلى أجره مثله ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن مال الكافر أجاز اشتراط عمل الداية والغلام فأشار بذلك إلى أنه مكروه من أجل اليد وأنه ليس من الحرام لما حوز ذلك ما عوفى معناه ووجه قول ابن المواز أنه مساقاة تزيد يد العامل فردت إلى الإحارة كما لو شرط صاحبه بقاء الحائط في يده ص **✽** قال مالك ولا ينبغي لرب المال أن يشترط على الذي دخل في ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرج منه من المال وإنما مساقاة المال على حاله الذي هو عليه قال فأن كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرج قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليدخل قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك إن شاء **✽** ش قوله لا ينبغي لرب المال أن يشترط على العامل إخراج أحد من رقيق المال يريد أن يحكم المساقاة بقاءه من كان من خدام المال يوم المساقاة لأن المساقاة إنما تكون فيه على حاله الذي هو عليه يوم العقد لأن العمل صار على الصفة التي يتراضيان عليها وبإخراج المعين عن الحائط نقص عن تلك الصفة فصارت بمنزلة استثناء شيء من الحائط الذي يعمل في جلته وقد جوز ذلك ابن نافع وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله وإن كان صاحب المال يريد أن يخرج من الرقيق أحدا فليخرج أو يدخل فيه أحدا فليدخله قبل المساقاة ثم يساقى على ذلك إن شاء يريد أن له أخرج الرقيق منه أو يدخل

✽ قال مالك ولا يجوز للذي ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم في الحائط ليسوا فيه حين ساقاه إياه **✽** قال مالك ولا ينبغي لرب المال أن يشترط على الذي دخل في ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرج منه من المال وإنما مساقاة المال على حاله الذي هو عليه قال فأن كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرج قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليدخل قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك إن شاء

فيه من غير رقيقه من لم يكن فيه العدد الكثير الذي لا يجوز أن يشترط العامل من ليس في الحائط
ص * قال ومن مات من اريق أو غاب أو مرض فعلى رب المال أن يخلفه * ش قوله ومن مات
من الرقيق يريد من رقيق الحائط الذين كانوا فيه يوم العقد أو شرط العامل في العقد من لم يكن فيه
كالدابة والأجير في الحائط الكبير من مات منهم أو غاب بآفاق أو مرض فعلى رب الحائط خلفه يريد
أن يعوض منه وكذلك كل ما يمنع من خدام الحائط من العمل لانه اذا انعقدت المساقاة على تخفيف
العمل عنه مدة المساقاة ويصح أن يتعلق بأعيانهم ويلزم صاحب الحائط العوض منهم أن تعذر ذلك
منهم لأن العقد لا يتناولهم لأن علمهم ليس بعوض فيه وإنما هو مستثنى مما يلزم العامل ويلزم صاحب
الحائط أن يأتي بهم وإن كان يلزمه في ذلك من الاجر أكثر من حصته من ثمرة ذلك العام بخلاف أرض
السقي بغور ماء بئر هابعد الزراعة فإن على صاحبها أن ينفق فيها كراء سنة لا يزيد على ذلك وكذلك
المساقاة بغور بئر الحائط أو ينهار فإن العامل أن ينفق في ذلك قيمة حصته رب الحائط من ثمرة ذلك
العام لازية على ذلك (فرق) فعلى هذا ما تقدم من ذلك على ثلاثة ضرب ضرب لا يلزم صاحب
الحائط والدار أن ينفق فيه قليلا ولا كثيرا كبنان الدار المكثرة وغور العين للارض المكثرة
قبل الزراعة والضرب الثاني يلزم صاحب الحائط أن ينفق فيه منفعة سنة كالنفقة على عين الارض
المكثرة أو الحائط المساقى والضرب الثالث يلزمه أن يعيده الى ما كان بلغ ذلك ما بلغ كريق حائط
المساقى ودوابه والفرق بينه وبين البئر والعين أن الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل الاتيان به
من عمل الحائط وإنما يلزم بقاؤهم في الحائط لسقي الحائط على صفته التي كان عليها ثم على العامل
عمل ما زاد على ذلك فاذا زالوا من الحائط لم يكن العامل عمل ما زاد على علمهم مع عدم عملهم وكان ذلك
بمنزلة صاحب العلو والسفل يلزم صاحب السفل أن يبنى أو يبيع ممن يبنى لتمكن صاحب العلو من
عمله لانه لا يمكنه العمل دون أن يبنى صاحب السفل فيلزمه إعادة عمله على ما كان بالغما يبلغ وليس
كذلك ماء العين فليس من جنس ما يلزم العامل الاتيان به فاذا لم يكن تعلق به حق العامل لم يلزم
صاحب الحائط الاتيان به ليستوفي للعامل منفعة واذا تعلق به حق العامل بالعمل والزراعة
في اكثراء الارض ولم يتعلق اصلاح ذلك بذمته وإنما تعلق بالصاحب الارض في ذلك (مسألة)
ومن أدخله العامل في الحائط من غلام أو أجير أو دابة فتعذر عليه موت أو غيبة أو مرض فعلى
العامل عوضه لان المساقاة انعقدت على أن عليه ذلك العمل في جميع مدة المساقاة

* بسم الله الرحمن الرحيم *

(كتاب كراء الأرض)

* ما جاء في كراء الأرض *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع بن خديج أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب
والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه قال سألت سعيد بن المسيب
عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه قال سألت سالم بن عبد الله
عن كراء المزارع فقال لا بأس به بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له رأيت الحديث الذي
يذكر عن رافع بن خديج فقال أكثر رافع ولو كان لي مزرعة أكريتها * ش قوله أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع عام في كل ما تكري به إلا ما خصه الدليل فأقضى من ذلك المنع

قال ومن مات من الرقيق
أو غاب أو مرض فعلى رب
المال أن يخلفه

* بسم الله الرحمن الرحيم *

(كتاب كراء الأرض)

* ما جاء في كراء الأرض *

* حدثنا يحيى عن مالك

عن ربيعة بن أبي عبد

الرحمن عن حنظلة بن

قيس الزرقى عن رافع

ابن خديج أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم نهى

عن كراء المزارع قال

حنظلة فسألت رافع بن

خديج بالذهب والورق

فقال أما بالذهب والورق

فلا بأس به * وحدثني

مالك عن ابن شهاب أنه

قال سألت سعيد بن المسيب

عن كراء الأرض بالذهب

والورق فقال لا بأس به

* وحدثني مالك عن ابن

شهاب أنه قال سألت سالم بن عبد

الله عن كراء المزارع

فقال لا بأس بها بالذهب

والورق قال ابن شهاب

فقلت له رأيت الحديث

الذي يذكر عن رافع بن

خديج فقال أكثر رافع

ولو كان لي مزرعة

أكريتها

في الجملة ذهب طائوس في أحد قولييه وذهب فقهاء الأمصار إلى تجويز ذلك ووجهه أن الراوي للنوع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم وإنما أخبره عنه وهو الذي أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والورق ومن جهة المعنى أنه لو لم يجز استجارها لمنفعةها المقصودة لجازت المساقاة فيها كالنخل ولما لم تجز المساقاة فيها جاز استجارها كالذواب وسائر ما يستأجر

(فصل) وقول حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أم بالذهب والورق فلا بأس به يقتضي إباحة ذلك بالذهب والورق وقد ذهب إلى إباحته بغير الذهب والورق مالك وفقهاء الأمصار غير ربيعة فإنه منعه بغير الذهب والورق والدليل على ما نقوله أن ما جاز استجاره بالذهب والورق جاز استجاره بالحيوان والثياب كأرواحل فإذا ثبت ذلك فإنه يجوز استجاره بكل ما ليس بمطعم ولا ثابت في الأرض على مذهب مالك ورواية ابن القاسم عنه وقد تقدم ذكر ما لا صحابنا وغيرهم في ذلك من الاختلاف مما يليق بهذا المختصر

(فصل) وقول ابن شهاب لسالم وقد قال له يجوز كراؤها بالذهب والورق رأيت الحديث الذي يذكر عن رافع بن خديج يرد قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع ويتناول عموم ذلك للنوع من كراؤها بذهب وورق وغيره فقال له سالم أكثر رافع يريده أن يري من النبي ما منع منه وما لم يمنع وإن النهي إنما توجه إلى منفعة بغير الذهب والورق لكن رواه بلفظ العموم أو نقل اللفظ على ما سمعته ولم ينقل معه ما يمنع حله على العموم من العرف والعادة أو ما يوجب التخصيص ويدل عليه

(فصل) وقوله ولو كانت لي مزرعة أكريتها على معنى تجويز الكراء في الجملة لأعلى معنى تجويزاً كراؤها بكل عوض وإنما يقتضي ذلك أنه يرى أكثرها جازاً في الجملة ثم ينظر في العوض الذي روى عنه أنه يجوز ذلك بالذهب والورق وسكت عن أكثرها بغير ذلك وقد روى نافع عن عبد الله بن عمر كان يكرى مزارعه على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وصدر من إمارة معاوية ثم حدث رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فذهب ابن عمر إلى رافع وذهبت معه فسأله فقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع فقال ابن عمر قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وشئ من التين وروى ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر قال كنت أعلم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الأرض تكرى ثم خشى عبد الله أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد أحدث في ذلك شيئاً لم يكن عليه فتركها أكثرها الأرض فقال ابن عمر لرفع ابن خديج قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وشئ من التين ليس فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم علم به فأقره بل هو نفس المنهى عنه والمتفق عليه على المنع منه وقد روى رافع بن خديج عن عمه أنهم كانوا يكررون الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائت على الأربعاء وشئ يستثنيه صاحب الأرض فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقد تناول نهى النبي صلى الله عليه وسلم ما كان ابن عمر يفعله إلا أن ابن عمر لم يكن علم بنبيه عن ذلك قال الليث في هذا الحديث وكان الذي نهى عنه من ذلك ما لو نظر فيه ذوالفهم بالحلل والحرام لم يجزم لما فيه من المخاطرة وقد بين علمه ذلك رافع بن خديج من رواية يحيى بن سعيد عن حنظلة الزرقى عن رافع قال كنا أكثر أهل المدينة حقلاً وكننا نكرى الأرض بالناحية منها مساة لسيد الأرض فما يصاب ذلك وتسلم الأرض مما يصاب الأرض ويسلم ذلك فنهانا النبي صلى

الله عليه وسلم ولعل ابن عمر لما بلغه نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك امتنع منه وجوز به بالذهب والورق على ما جوزه ابنه سالم ويحتمل أن يكون امتنع منه جله لما خشى أن يكون حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك منع عام والله أعلم ص * مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضاً فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها إلا لنا من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها ذهب أو ورق قال مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان يكري أرضه بالذهب والورق * ش قوله أن عبد الرحمن بن عوف كان يكري أرضاً فلم تزل في يديه حتى مات يحتمل أنه كان أكثرها مساقاة وذلك بأن يكريها منه بدينار في كل عام ولا يجد في ذلك أعوا ماول لكنه يطلق فيها القول وهذا عند مالك جائز ومنع منه الشافعي وقال هو باطل والدليل على ما نقله ماروي ابن عمر أن اليهود سألو النبي صلى الله عليه وسلم أن يقرهم على أن يكفوا العمل ولهم شطرا النثرة فقال نفر كم على ذلك ما شئنا وهذا نص في موضع الخلاف ومن جهة المعنى أن ما جاز العقد على واحد منه غير معين جاز العقد على جملة منه غير مقدرة كما لو قال اشترى منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فاما يلزم هذا لكراء ماضى وللمكترى أن يخرج متى شاء وأما صاحب الأرض أن يخرج متى شاء رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية لأن عدم التقدير في الكراء ينافي لزوم لأنه لو لم تلأ بدو ذلك مناو للكراء ولا يلزم منه الاوجبية واحدة في المشهور من المنهوب وهذا اذا قال كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم أو في السنة بكذا أو في الشهر بكذا رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك وروى في كتاب محمد وأل الشهر وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون وروايتهم عن مالك أنه اذا قال كل شهر أو الشهر أو في الشهر بكذا فالشهر الاول لازم وما زاد على ذلك فلكل واحد منهم انقضه في أول الشهر كان أو آخره وجه رواية ابن القاسم أنه شهر لم يتعين الا كتعيين غيره فيجب أن لا يكون لازماً كالثنائي ووجه رواية ابن الماجشون أن ما قدر به الكراء أقل ما يجب لزومه بالعقد لأن العقد مقتضاه اللزوم وما زاد على ذلك فلم يتناولوه اللزوم لأنه لا يند على ما قدر به الكراء (فرع) فان نقده الكراء فقدلزمهما مقدار ما تقدم منه لأن النقد قد قطع ما حله اللفظ من الخيار وأخرجه الى اللزوم في ذلك القدر ولو أكثرى منه سنة معينة على أن يخرج متى شاء جاز (مسئلة) ولو عقد الكراء باني قد كريت هذه الأرض سنة أو لئله الدار شهراً فهو جائز لكون المدة من وقت الكراء ويكون ذلك بمنزلة التعيين للسنة وان كانت داراً في المدونة ان أكثرها سنة ولم يسم متى سكنها فان ذلك جائز فان أكثرها بعد مضي عشرة أيام من السنة فانه يحسب بقيقه هذا الشهر الذي ذهب بعضه ثم يحسب أحد عشر شهراً بعده بالاهلة ثم يتم على الأيام الاولى شهرين أو ثلثين يوماً فيكون من هذا العام شهر واحد على الأيام واحد عشر شهراً بالاهلة وأما ان كانت أرضاً فان كانت من الأرض التي تزرع العام كله فيها البقول والخضر فيصح أن يكترى مشاعرة ومساناة وان كانت حالية من الزرع فأول سنهما من يوم العقد وان كان فيها خضرة أو زرع فن وقت تخلو وأخر عامها على ذلك على مثل ما تقدم من الدور الآن يكون لأهل بلد عرف في الكراء بالشهور والعجمية في الأرض فيكون اطلاق الكراء يقتضي ذلك وان كانت من الأرض التي تزرع مدة كارض النيل وما أشبهها فأول سنتها وقت زراعتها ووقت الزرع للحراثت ان كانت أرضاً يقدم لها الحراثت وأخر عامها على ما قاله في المدونة رفع الزرع فان بقي من العام شهراً أو شهرين وما لا ينتفع فيه بالزرع فليس للمكترى أن يبحرث فيها زرعاً الا بكراء مؤتلف ولا يحبط عنه لما بقي شيء ولو بها حراثتها لنفسه وليس للمكترى

* وحدثني مالك أنه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضاً فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها إلا لنا من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها ذهب أو ورق * وحدثني مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه كان يكري أرضه بالذهب والورق

منع له مزار ولو زرعها المكثري وهو يعلم ان الوجيبة تنقضي قبل تمام زرعها بالأيام والشهر
 فربها بخبر ان شاء حث أرضه وأفسد زرعه وان شاء أقره وأخذ بالأكثر من كراء المثل وبحساب
 كراء الوجيبة قاله ابن حبيب ووصف ذلك كله انه منع من الزراعة لانقضاء عامه (فرع) فان
 كانت من الأرض التي تزرع العام كله وآتى آخر العام والمكثري فيها زرع أو بقل فقد قال مالك
 ليس لصاحب الأرض قلع وزرع ولا يقلعه ويترك ذلك حتى يتم ولرب الأرض كراء مثل أرضه
 على حساب ما كانا كترها منه واختلف شيوخنا في تأويل هذا اللفظ فقال بعض أهل بلدنا
 ان ظاهر اللفظ انه متضاد لان كراء مثل أرضه مفهومه ما يساوي أرضه كان ذلك أقل من حساب
 ما اكثري أو أكثر وقوله على حساب ما كانا كترها يقتضى الاعتبار بما تقدم من عقدهما سواء
 كان ذلك أقل من كراء مثلها أو أكثر قال ولا يكن له في المسئلة قولان أحدهما كراء المثل
 والثاني له كراء من حساب ما كانا كثرى وقال بعض القرويين قال القاضي أبو الوليد رضى
 الله عنه والصحيح عندي من ذلك ان معنى هذا الكلام ان عليه كراء مثل تلك المدة لان أوقات
 السنة يختلف في كثرة السكراء وقتله ولذلك قال مالك ليس كراؤها في الشتاء والصيف واحدا
 فكراء مثل أرضه انما أراد من الأرض التي تستعمل السنة كلها فيعتبر كراؤها في مثل ذلك
 الوقت من السنة ولكنه على حساب ما اكثري فان كترها منه بعشرة دنائير وتلك المدة وان كانت
 شهرا واحدا خصته من كراء السنة الرابع لرغبة الناس فيه وخر وقت الغلة فيكون عليه ديناران
 ونصف وانما جاز له أن يعتبر بما عقد عليه من السكراء كان أكثر من كراء المثل أو أقل وان كانت
 المدة خارجة عن العقد لانه زرع في وقت كان له العمل لانهامدة قد استحقها بالسكراء ولا فائدة لها
 الا الزرع فلذلك أسندت المدة المستقبية الى هذه الاولى لانها بسببها ثبتت ولو لا ذلك لكانت مدة تعد
 وظلم يكون لصاحب الأصل فيها كراء المثل أو يأمره بقلع مازرع وهذا موضع الخلاف فان الغير
 يقول لم يكن للمكثري أن يزرع حان لم يبق له من شهره مدة يتم فيها زرعها فاذ زرع فقد تعدى في
 بقية المدة فعليه كراء المثل الآن يكون أقل مما يجب له على حساب ماضى فعلية الا كثر لانه راض اذا
 عملها بحساب ماضى وفي الواحظة أن المكثري أرض المساقاة قبل أن يعمد الى انقضاء الوجيبة فجاز
 ذلك بأيام أو شهر فله كراء ذلك على ما ذكرناه يردا الأكثر من كراء المثل أو على حساب ما كان
 اكثري وان علم انه لا يبلغ تمامه الا بالوجيبة بأمر بعيد فرب الأرض أن يقلع أو يترك وله الأكثر من
 كراء الوجيبة أو كراء المثل يقال في أول المسئلة له أن يعمد الى انقضاء الوجيبة ثم حكم في ذلك بحكم
 المنع وانما تحقق القول على مذهبه أن له أن يعمد ما يتيقن ان ورفته تتم قبل انقضاء الوجيبة ولو تباعا
 عند الزرع لوجب أن تكثري الأرض ويكون لكل واحد منهما من السكراء بقدر ماله من المدة
 (مسئلة) ولوا كثرى أرضا سنين فغرسها فانقضت المدة وفيها شجر المكثري فان لصاحب الأرض
 أن يأخذها ببقية مقلوعة أو يأمر المكثري بقلعها ولو انقضت المدة وفيها زرع لم يكن لصاحب
 الأرض أن يأخذ ببقية ولا أن يأمره بقلعه والفرق بينهما ان الزرع له أمر يكمل فيه ويغفل الأرض
 منه فلذلك كان لصاحبه أخذه لانه مما ينقل ويحول والشجر أصل ثابت فلزم بقاؤه في الأرض
 لاستحق صاحبه الأرض بغير عوض وخرج عن حكم السكراء الذي مقتضاه أن ينقضى بانقضاء
 أمدالى حد الاستحقاق في الثمرة المؤبرة ولو كان في الشجرة ثمرة مؤبرة لم يخل أن تكون مؤبرة أو
 غير مؤبرة فان كانت غير مؤبرة فقد قال غير واحد من القرويين ان كانت الشجرة غير مؤبرة

أحبر المسكتري على قلع شجره وان كانت مؤبرة لم يجبر على قلعه وكان له ابقاؤها حتى تتم ثمرتها
(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الأرض على ضربين مأمونة وغير مأمونة فأما المأمونة فهي أرض
النيل قال مالك وليس أرض المطر عندى بينا كيان أرض النيل وان كانت لا تكاد تخلف
فالنقد جائز خلافا لعمر بن عبد العزيز في أرض النيل والدليل على ما نقوله ان الغالب من منافعها
الاستيفاء فجاز الكراء فيها كسكنى الدور قال مالك وأصحابه وكذلك أرض الآبار والأنهار لأنها
لا تكاد تخلف الا في الغب (مسئلة) وأما أرض المطر فان كانت لا تخلف فقد قال مالك
لابأس به والنيل أبين وبه قال ابن عبد الحكم وأصبح وابن الماجشون وقد قيل لهما أن أرض الأندلس
أرض مطر ولا تكاد تخلف فقالوا لا ينقد فيها حتى يأتيا المطر الذي يحرق عليه ولا ينتظر بها
الرواء بخلاف أرض النيل * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذي عندى ان معنى المأمونة
عند مالك أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النيل فأما أرض المطر فلا يكفيها
الا المطر المتكرر ولو أراد أن المأمونة هي التي لا ينقطع عنها السقى بوجه لم تكن أرض النيل
بمأمونة فانه قد ينقطع عنها السقى كما ينقطع المطر عن أرض المطر لكنها تنفارقها لما قدمناه (مسئلة)
وأما الأرض التي ليست بمأمونة فلا يجوز النقد فيها بشرط عند العقد خلافا لأبي حنيفة والشافعي
والدليل على ما نقوله انه لما كانت منفعتها المقصودة منها لا تتم الا بالمطر لم يجبه كراء الأرض
الامع المطر ولما كان عدمه معتادا لم يجز النقد لان بعدم المطر يجب رده فيكون تارة كراء
ان نزل المطر وتارة سلفا ان عدم المطر (فرع) فان نقد بشرط فقد روى في العتبية حسين بن
عاصم فيمن اكرت أرضه عشر سنين وهي أرض مطر وانتقد فان لم تكن مأمونة فهي كراء
وسلف يفسخ ما لم يفت فان حرثها لقليل أو زرع فذلك فوت ويقاوصه بكراء سنة بعينها من سائر
السنين من الثمن الذي قبض ويرد ما بقي ووجه ذلك انه ان كان نقده بشرط لم يجز لانه سلف
جر منفعة وان نقده بغير شرط فقد أطلق اللفظ في المسئلة والأظهر الجواز وان كان بشرط ذلك
فهو عقد فاسد فيفسخ ما لم يفت فان فات بالعمل لزمه بكراء المثل فيقاوصه كما تقدم في كراء سنة معينة
لانه فيها ولا يقضيه غيرها ويترك ذلك ديناً عليه يأخذه به منفعة أرض فيؤدي الى فسخ دين في دين
(مسئلة) قال أطلق العقد في كراء الأرض حتى يلزم النقص رأيت لأبي محمد عبد الحق أن كراء
الأرض على ثلاثة أوجه فأما أرض المطر فلا يلزمه أن ينقد حتى يتم زرعها وأما أرض النيل والمأمونة
من المطر فينقده اذ ارويها وأما أرض السقى التي تزرع بطوناً فينقده عند ابن القاسم عند تمام
كل بطن ما ينوبه وعند أشهب عند ابتداء كل بطن ما ينوبه ولا فرق بين الاول والثاني عندهما
* قال القاضي أبو الوليد ويحتاج هذا الى تأمل فانه قد ذكر في المدونة انه لا يصلح النقد في أرض
المطر الا بعد ما تروى وتمكن من الحرث وهذا لا يجوز أن يريد الا غير المأمونة فان المأمونة تصلح
النقد فيها قبل أن تروى ولكنه لعلة أراد في مسئلة المدونة ارى المبلغ وعلى ذلك تصح المسئلة
وانما يلزم النقد في أرض النيل اذ ارويها لأنها انما تروى مرة واحدة وبها يتم الزرع فما كان من
أرض المطر هذا حكمه فهي المأمونة عند مالك وما كان توالى المطر عليها معتاد الا يكاد أن يخلف
لكنه يحتاج الى تنافه في اتمام الزرع فلا يلزم النقد بنفس ارى الاول وانما يلزم النقد بآرى المبلغ
وأما أرض الخضر التي تزرع بطوناً فقد قال أشهب يلزمه أن ينقد أول كل بطن ما ينوبه وقال ابن
القاسم ينقد عند تمام كل بطن ما ينوبه وان كانت من الأرض التي يكفيها أول سقية لتمام البطن

فهي التي أراد أشهب لأنها بمنزلة أرض النيل إذا قصد بها الزرع وإن كان يحتاج إلى متابعة السقي
فهي التي عنها ابن القاسم وسواء كان الماء من عين أو بئر وهي التي تشبه السكنى ووجه ذلك أن
الأرض إذا كان مازرع فيها يتم بأول رى لزوم النقد مع وجوده لأن الذي على صاحب الأرض إنما
هو في أرضه فقد قبض ذلك المكسرى الأرض إذا جعلنا حاقبة فلزمه النقد وإن كانت تحتاج إلى
توالى المطر وتتابعه فلم يقع الاستيفاء فيه فلم يلزم النقد وأما اشتراط الكراء فقد تقدم أنه يجوز
في الأرض المأمونة من النيل والسيح أو المطر على أي وجه كان أمانها عند العقد وأما أرض المطر
التي يتخلف مطرها فلا يجوز اشتراط قبض ذلك عند العقد (مسئلة) فإذا وقع العقد على الجائر
من ترك اشتراط النقد فقد قال مالك لا يصلح النقد فيها إلا إذا رويت وذلك ينقسم قسمين
فإن كانت من أرض النيل فاد قبض الأرض وقد رتبته عند ابن القاسم نقد الكراء وإن
كانت من الأرض التي لا يتم زرعها إلا بالمطر أرض نيل كانت أو أرض مطر فانه لا ينقده الكراء
حتى يتم وقال غيره إذا كانت مأمونة السقي وجب الكراء نقدا فوجه قول ابن القاسم أن الكراء
إنما يجب بتمام المنفعة وذلك إنما يكون بالرى المبلغ ووجه قول الغير أن المنافع المنتفية والتي ظاهرها
والغالب فيها إمكان القبض بمنزلة المقبوضة

(فصل) وأما كراء الارص فان كانت مأمونة فانه يجوز عقد الكراء قبل ابان الحرث وتكرى
العشر سنين وأكثر ما لم يكثر ذلك فان كانت غير مأمونة كأرض المطر التي ترى مرة وتعطش
أخرى فاجاز الواءا كراءها قبل ابان الحرث اذا لم ينقد وقال غيره لا تتكرى الاقرب الحرث مع
وقوع المطر والرى ويكون مبلغه أولا أكثره مع رجاء وقوع غيره ولا يجوز اكثرها أكثر من
سنة واحدة وجه قول ابن القاسم أن عقد الكراء لا يمنع منه مخافة فوات المقصود التمكن من تسليم
العين وانما يمنع من صحته تعذر تسليم العين فان ما يؤثر مخافة فوات المقصود من تعجيل النقد ووجه
قول الغير ما احتج به من انه لا فائدة في هذا العقد قبل وقت العمل الاجرد والتعجيل على صاحب
الارص من البيع وغيره فوجب أن يكون ممنوعا منه وقول ابن القاسم أظهر (مسئلة) وقد
قال مالك في المدونة لأحب لأحد أن يتكاري أرضا لها مال ليس في مثله ما يكفي زرعها قال ابن القاسم
وانما كرهه من وجه الغرر والفرق بينه وبين أرض المطر أن هذا انما يدخل من الماء على قدر
ما يرى فان كان فيه ما يبلغ زرعها والا فلا شيء له غيره وأرض المطر ان لم يأت من المطر ما يبلغ زرعها
والاسقط عنه الكراء قال ولوتكارى على أن له يكفه ما رأى من الماء رجع عليه بالكراء فانه أيضا
خطأ ولأن صاحب الأرض لو علم أن ذلك الماء يتم به الزرع لم يكره بأشكال ذلك يريد أن الماء معلوم
وانما تخاطر في تمام الزرع به أم لا وأما المطر فاؤه غير معلوم وانما يتكرى على التبليغ ولا يعلم
المكترى من حال المطر الا ما يعلمه المكترى فلم يكن ذلك من وجه الخطر المانع صحة العقد وهذا
كبيع الآبق الذي لا يتيقن تسليمه أو بيع المهر الصعب المطلق فانه لا يجوز بيعه وان شرط انه لم
يستطع قبضه رد اليه الثمن والله أعلم (مسئلة) ومن أكثرى أرضا ليزرعها شعيرا فالأراد أن
يزرع فيها حنطة فقد قال ابن القاسم في المدونة ان أراد أن يزرع فيها ما مضرت مضره القمح أو أن
جازه ذلك وان أراد أن يزرع فيها ما مضرت أشده من مضره القمح لم يكن له ذلك ووجه ذلك
أن ما يستوفى به المنافع في الاجارات لا يتعين وانما يتعين العين التي يستوفى منها المنافع وجنس العين
التي يستوفى بها كحمل الرحلة وانما يتعين ان الرحلة وتبين جنس الحمل ليمتنع ما هو أضر منه ولا يمتنع

المكثري مما هو مثله (فرع) فان زرعها مضرره أكثر من الشعير فلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر قاله القاضي أبو محمد وقال الشافعي له كراء المثل ودليلنا على ذلك انه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلرب به بقدر ما زاد مع ما عقده أصل ذلك أكثر دابة من بغداد الى حلوان فيتعدى بها الى الزى فان له الاجرة من بغداد الى حلوان وكراء المثل من حلوان الى الزى (مسألة) ومن أكثرى أرضا سدين للزرع لها بئرا وعين فذهب ماؤها فان لم يكن له زرع انفسخ الكراء وليس له أن ينفق في اصلاح ذلك كراء عامه ذلك ولا غيره قاله محمد بن المواز وعبد الملك بن حبيب وغيرهما ووجه ذلك انه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما أكثرى من الماء الذي تتم به المنفعة المقصودة كما لو أكثرى دارا ليسكنها فانهدم بناؤها وليس له على صاحبها اصلاحها لانه لم يزرع فيها بعد فلم يتلف له الا ما لا يترك الانفاق فيها قال ابن المواز فان أنفق فيها المكثري فهو مصدق ثم لا يلزم ذلك ربها الآن يشاء فيؤدونه نقدا وان حبسه في الكراء جاز قال ابن المواز فان أنفق فيها المكثري فهو مصدق ثم لا يلزم ربها ذلك ولم يكن ديناً بين (مسألة) وان كان قد زرع الأرض فلا يخلو أن يكون في كراء السنة الأولى ما يصلح به ما فسد من الماء ولا يبلغ ذلك فان لم يبلغه ففسخ الكراء بينهما قاله أبو محمد بن المواز وقال عبد الملك بن حبيب يقال للمكثري أنفق ما زاد على أن رب المال يخبر عليك بعد الوجبة في أي أمرك بقلع مالك فيه من خشب أو حجر أو يعطيك قيمته وكل ما يؤول الى معنى واحد لا معنى قول ابن المواز المكثري لم يرد أن ينفق ما زاد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة ومعنى قول ابن حبيب انه أراد ذلك وبدأ بالانفاق وهو يظن بلوغ المراد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة (مسألة) فاذا زرع لزوم رب الأرض العمل بكراء أول عام سواء انتقد أو لم ينتقد فان كان انتقدوا عدم به في الموازية قيل للزارع أنفق من مالك سنة ما لك ان شئت ووجه ذلك انه لما تعلق هذا الحق بانفاق هذا العام اختص به فان كان الكراء باقيا عند الزارع أنفق وان كان عند صاحب الأرض لم ينفق فانه أعدم به كالصاحب الأرض أن يسلفه اياه ويتبعه به في ذمته (مسألة) ويعلم كراء ذلك العام بتقويم السنين ان كانت تختلف فينفق ما يصيب هذا العام وهو مذهب مالك في المدونة قال محمد بن المواز يخرج من كراء الأرض لثلاث سنين ثلث الكراء ان أكثر بالذهب أو الورق وان كان مؤخرا ولا يقوم العين وان كان عرضا فانما يخرج فيه كراء تلك السنة من الضيقة على أي قبض الى أجله كما لو بيع (مسألة) ولو أحب الزارع أن لا ينفق وسقط عنه الكراء فذلك له قاله مالك ووجه ذلك ان الحق ثبت له بالزراعة فكان له الخيار في اقتضائه أو تركه وأما صاحب الأرض فخاله قبل الزراعة أو بعده سواء (مسألة) فان زرع وذهب بالعين أو البئر قبل تمام الزرع فهلك الزرع بذهب الماء فلا كراء لصاحب الأرض فان كان أخذ الكراء لزوم صاحب البئر أو العين رده وان كان لم يأخذه فذلك عن الزارع موضوع ولو هلك بعضه وكان قد حصد شيئا له قدر ومنفعة أعطى من الكراء بحساب ذلك وان لم يكن له قدر ولا منفعة لم يكن لرب الأرض من الكراء شيء قاله مالك في المدونة (مسألة) ولو كانت من أرض المطر فقد قال مالك في المدونة ان لم يأت من المطر ما يتم به زرع فلا كراء عليه ولو كثرت المطر فقتل الزرع فان كان في ابلان الحرث وفي وقت لوانقطع وزال الماء مكنه أن يريد زراعتها فلم ينكشف الماء حتى مضت أيام الزراعة فلا كراء عليه لانه بمنزلة أن تغرق الأرض قبل الزراعة فيها فالكراء لازم قاله ابن القاسم وبعضه عن مالك (مسألة) ولو غرقت الأرض بعد ابلان الزراعة فقد قال مالك

* وسئل مالك عن رجل أكرى مزرعة بمائة صاع من تمر أو (١٤٩) مما يخرج منها من الخنطة أو من غير ما يخرج منها فذكره ذلك

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب القراض)

ما جاء في القراض

حدثني مالك عن زيد

ابن أسلم عن أبيه أنه قال

خرج عبدالله وعبيد الله

ابنا عمر بن الخطاب في

جيش الى العراق فلما

قفلا مر على أبي موسى

الأشعري وهو أمير

البصرة فرحب بهما

وسهل ثم قال لو أدركنا

على أمر أنفعك لفعلت

ثم قال بلي ها هنا مال من

مال الله أريد أن أبعث به

الى أمير المؤمنين فأسلفكاه

فتبتاعان به متاعا من

متاع العراق ثم تبيعانه

بالمدينة فتؤديان رأس

المال الى أمير المؤمنين

ويكون الربح لكما

وددنا ذلك ففعل وكتب

الى عمر بن الخطاب أن

يأخذ منهما المال فلما قدما

بأعفار بحافلما فعاد ذلك

الى عمر قال أكل الجيش

أسلفه مثل ما أسلفكاه

لا فقال عمر بن الخطاب

ابنا أمير المؤمنين فأسلفكاه

أديا المال ور بعه فأعبد

الله فسكت وأما عبيد الله

فقال ما ينبغي لك يا أمير

المؤمنين هذا لو نقص

ان زرع فجاء برد فأذهب زرعه فان الكراء عليه وكذلك ان أصابه جراد أو جليد وغرفت الأرض في غير ابان الزراعة فقلف الزرع ص قال يحيى وسئل مالك عن رجل أكرى مزرعة بمائة صاع من تمر أو مما يخرج منها من الخنطة أو من غير ما يخرج منها فذكره ذلك ش وهذا على ما تقدم انه لا يجوز كراء الارض بالخنطة لانها مما يخرج منها وكذلك ساثر المطعومات ولا بأس أن تسمى الارض بأرض أخرى خلافا لابي حنيفة في قوله لا يجوز ذلك الا أن تكون المنافع من جنسين والدليل على ما نقله أنهما منفعتان يجوز عقدا لاجارة على كل واحدة منهما فجاز العقد على احدهما بالآخرى كما لو كانا من جنسين

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب القراض)

ما جاء في القراض

ص مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال خرج عبدالله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش الى العراق فلما قفلا مر على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أدركنا لك على أمر أنفعك لفعلت ثم قال بلي ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكاه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب الى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما بأعفار بحافلما فعاد ذلك الى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكاه لا فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكاه أديا المال ور بعه فأعبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر أدياه فسكت عبيد الله وراجع عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبدالله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال وقوله رضى الله عنه ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكاه لم يرد بذلك احراز المال في ذمتهم وانما أراد أن يضمنه بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال وانما يجوز السلف لمجرد منفعة السلف لانه لمحض الرق فاذا قصد السلف منفعة نفسه دخل الفساد فاذا أسلف رجل رجلا لا ليدفعه بغير ذلك البلد وقصد به منفعة المتسلف خاصة فهو جائز لا اختصاصه بمنفعة المتسلف فان أراد رده اليه حيث لقيه ببلاد السلف أو غيره من البلاد التي يؤمر فيها أجبر المتسلف على قبضه لان تأخير المتسلف به الى بلد آخر دفعه خاصة فاذا أراد أن يعجله لزم المتسلف قبضه كالأجل (مسئلة) فان أراد المتسلف منفعة بالسلف بأن يقصد احراز ماله في ذمة المتسلف الى بلد القضاء كالسفاتج التي يستعملها أهل المشرق فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك غير جائز وروى أبو الفرج جواز السفاتج ولعله أراد ما لم يقصد السلف منفعة نفسه والأظهر منعها اذا قصد السلف المنفعة التي قد مناد كرها (مسئلة) وسواء كان المتسلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من امام أو قاض أو وصي أو أب فلا يجوز للدائم أن يسلف شيئا من مال المسلمين ليحرزه في ذمة المتسلف وكذلك القاضي والوصي في مال

المال أو هلك لضمناه فقال عمر أدياه فسكت عبيد الله وراجع عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا

فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبدالله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال

اليتيم وقد نص على ذلك أحكامنا في مسئلة القاضى ووجه ذلك ان ما لا يجوز للانسان فى مال نفسه من الارتفاق فانه يجوز له فى مال يلى عليه كالسلف بزيادة (فرع) فان وقع السلف لما ذكرناه فسخ فى الأجل والبلد وأجبر المتسلف على تعجيل المال وأجبر المتسلف على قبضه وبطل الأجل به ذلك كله كالبيع بأجل على وجه فاسد فانه يصح معجلاً

(فصل) اذ اثبت ذلك فان فعل أبى موسى الاشعرى هذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون فعل هذا على ما ذكرناه لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله وجاهله ذلك وان لم يكن الامام المفوض اليه لان المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجامعة المسلمين فاستسلفه وأسلفه ما اياه وسيأتى بيان أحكام الوديعة فى الأنصبة ولوتلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمه أبوموسى والوجه الثانى أن يكون لأبى موسى النظر فى المال بالتمثيل والاصلاح فاذا أسلفه كان لعمرك ان الخطاب الذى هو الامام المفوض اليه تعقب فعله فتعقبه وردة الى القراض

(فصل) وقول عمر أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفك قال لا تعقب منه لافعال أبى موسى ونظر فى تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحذور منه لانه لا يخفى على عمر ان أباموسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك وانما أراد أن يبين لابنيه موضع المحابة فى موضع فعل أبى موسى فلما قال لا أقرا بالمحابة فقال ابنا أمير المؤمنين فأسلفك يريدان تخصيصهما بالسلف دون غيرهما انما كان لموضعهما من أمير المؤمنين وهذا مما كان يتورع منه عمر أن يخص أحدا من أهل بيته أو ممن ينتمى اليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه وكان عمر رضى الله عنه يبالغ فى التوفى من هذا ولذلك قسم لعبد الله بن عمر أقل مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين وكان يعطى حفصة ابنته مما يصلح الى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم آخر من يعطى فال كان نقصان فى حصتها

(فصل) وقول عمر أديا المال ور بجه نقض لفعل أبى موسى وتغيير لسلفه برذر بجه المال الى المسلمين واجرائه مجرى أصله قال عيسى بن دينار وانما كره تفضيل أبى موسى لولديه ولم يكن يلزمهم ما ذلك وعلى هذا قولنا ان أباموسى استسلف المال وأسلفه ما اياه لمجرد منفعتهم ما وان المال كان بيده على وجه الوديعة وأما اذا قلنا انه بيده لوجه التمثيل والاصلاح فان لعمري تعقب ذلك والتكلم فيه والنظر فى ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب ولم يختلف أحكامنا فى الموضع مع المال يتباع به لنفسه ويتسلفه ان صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما يتباع به لنفسه أو يضمه رأس المال لانه انما دفع اليه المال على النيابة عنه فى عرضه وابتاع ما أمره به وكار أحق بما يتباع به وهذا اذا ظفر بالامر قبل بيع ما يتباعه فان فات ما يتباعه به فان ربحه لرب المال وخسارته على الموضع معه

(فصل) وقوله فأما عبد الله فسكت بريدانه أمسك عن المراجعة برأبائه وانقياد الله واتباع المراده وأما عبد الله فراجع طلب الحق واحتج عليه بأن هذا مال قد ضمه ناه ولو دخله نقص لجبرناه وقول عمر بعد ذلك أديا المال ور بجه اعراض عن حجته لان الموضع معه يضمن البضاعة اذا اشترى بها لنفسه وان دخلها نقص جبره ومع ذلك فان ربحه الرب المال

(فصل) وقول الرجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لوجعلته قراضا على وجه ما رآه من المصلحة فى ذلك وان كان عمر لم يستله الا انه قد جرى على عادته وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم وكذلك المفتى يجوز أن يتسدى الحكم بالفتوى اذا علم من حاله استشارته وجرت بذلك عادته والقراض الذى أشار به أحد نوعى الشركة يكون فيه مال من أحد الشرىكين والعمل من الثانى

والنوع الثاني من الشركة أن يتساوى في المال والعمل وسيأتي ذكرها إن شاء الله (مسئلة) وأما القراض فهو جائز لا خلاف في جوازها في الجملة وإن اختلف العلماء في صحة أنواعه ووجه صحته من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استجاره للنفقة المقصودة منه فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه وذلك أن الدينار والدرهم لا تزكو إلا بالعمل وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تهيئة ماله ولا يجوز له إجارته لمن ينفقها فلولا المضاربة لبطلت منفعتها فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به في التهيئة إلا على هذا الوجه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه قد جعلته قراضا على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير والخاذ بقوله وقوله الأول لم يكن حكما وإنما كان اظهارا لما يريد أن يحكم به ويراه في هذه القضية ولو كان على وجه الحكم منه فقد اختلف أصحاب مالك فيه

(فصل) وإنما جوز عمر ذلك لأن عبد الله وعبيد الله عملا في المال بوجه شبه وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبطل لافيه مقصودا لمن يملكه فلم يجز أن يبطل عليهم ما علم ما فردهما إلى قراض مثلهما وكان قراض مثلهما النصف فأخذ عمر النصف من الربح وعبيد الله وعبيد الله النصف الثاني وبالله التوفيق ص * مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما * ش أن عثمان بن عفان أعطى جده العلاء بن عبد الرحمن مالا قراضا لفظه الاعطاء تقتضي تسليمه اليه وإثباته عليه وهذه سنة القراض ولو شرط بقاء المال بيد صاحبه وإذا اشترى العامل سلعة وزن وإذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك ووجه ذلك أن هذا معنى قد أخرجهم عن صورة القراض ومعناه فنع ذلك محتمه لأن صورة القراض أن يكون المال بيد

* وحدثنى مالك عن
العلاء بن عبد الرحمن
عن أبيه عن جده أن عثمان
ابن عفان أعطاه مالا
قراضا يعمل فيه على أن
الربح بينهما

العامل ومعناه أن يكون مؤتمنا على المال فأخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع محتمه لأن ذلك يخرج عن أن يكون قراضا ويجعله اجارة مجهولة العوض (مسئلة) فإن عمل معه بغير شرط فهو ممنوع في الكثير ودون السير لأن الكثير مقصود في نفسه ومن أجله أنفق في القراض على ما أنفق فيه فلذلك أثر في المعاملة وأما السير فبالاستبد منه الحاضر مثل أن يعينه في شراء سلعة أو ينوب عنه في قبض دراهم يسيرة مما يفعله الإنسان لمديقه أو يعين به من يعرفه من غير عوض فكان الأظهر أن القراض لم ينعد على ما انعقد عليه لاجله (فرع) فإن وقع ذلك قال محمد لا يفسخ القراض لكثرة دون شرط ووجه ذلك أن عقد القراض قد سلم من الشرط وليست التهمة فيه بقوية لأنه لا يكاد يفعل (مسئلة) وإن شارك العامل ورب المال بمال أخرج عمله من مال القراض فإن ذلك لا يخلو أن يكون شرط في عقد القراض أولا فإن كان شرط في القراض فإن ذلك غير جائز خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله أن هذين عقداً مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر فلم يجز الجمع بينهما في عقد واحد كالصرف والسلم (مسئلة) فإن شارك بعد عقد القراض فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده وقد قال أصحابنا في الاشتراك بعد العمل أقوال مختلفة لم يبينوا هل ذلك قبل العمل أو بعده فروى ابن المواز عن مالك أنه كان يخففه وروى عيسى عن ابن القاسم أنه قال إن صح من غير موعدا ولا وأي فهو جائز وفي العتبية عن أصبغ قال خير فيه وعن سحنون أنه قال هو إل بايعينه وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن ذلك اختلاف في أقوالهم فأجازهم مالك وابن القاسم ومنعه أصبغ وسحنون وجه قول مالك أنه قد سلم عقد القراض من الفساد وذلك أن يعقده على ما يوجب تصرف

رب المال يتصرف فيه وذلك غير صحيح كالمعامل عليه وهذا مبني على أن العامل إذا عمل من غير شرط في عقد القراض لعقد صار عملاً كثيراً بطل ذلك القراض والوجه الثاني أنه يجوز في وقت دون وقت فلا يجوز قبل العمل ويجوز بعده لأنه قبل أن يعمل رأس المال على ما كان عليه فهو بمنزلة أن يعقد القراض على ذلك لأن هذه حالة لكل واحد منهم ما ترك القراض فيها إذا استدركا في هذه الحالة شرطاً ينافي القراض فكأنما شرطاه في عقد القراض وأما إذا عمل العامل بالقراض ولزمهما أمره ولم يكن لأحد منهما بطلاله فما التزم من ذلك فليس بمنزلة ما شرط من العقد وإنما يجوز ذلك إذا عاد مال القراض إلى غير الصفة التي أخذها العامل عليها وذلك مثل أن يكون مال القراض دنائير فيصير دراهم فيستتركان بالدراهم (مسئلة) وأما معونة الغلام فإن كان شرط العامل خدمته في المال الكثير الذي يحتاج إلى المعونة فيه فاختلف فيه قول مالك في كتاب محمد وهو أجازته أن هذا مال تجوز المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج منه فجاز أن يشترط فيه خدمة العبد الواحد إذا كان كثيراً كالمساقاة ووجه الرواية الثانية أن المساقاة تختص بالخدمة ولذلك لا يجوز أن يخرج من الحائظ من كان يعمل فيه من الخدم فلذلك جاز أن يشترط فيه الخادم وأما القراض فلا يجوز أن يشترط في الخادم (فرع) فإذا قلنا إن ذلك جائز فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل إذا عمل في ماله نظريه بالحفظ ولذلك غير جائز كالموكل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه فإن ذلك غير جائز وإنما يجوز إذا كان بمجرد الخدمة والمعونة ولو أعانه بغلامه من غير شرط فلا بأس بذلك على القولين والله أعلم

(فصل) وقوله على أن الرب بينهما محتمل وجهين أحدهما أن يكون الرب بينهما على أجزاء اتفاقاً عليها عند عقد القراض وليس في ذلك حد كالمساقاة (مسئلة) ويجوز أن يكون جميع الرب للعمال أو لرب المال بالشرط وهذا هو المشهور من مذهب مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز ذلك ويكون القراض فاسداً الآن بأحنيقة يقول إذا شرط الرب للعامل صار قراضاً وإذا شرطاه لرب المال صار بضاعة

(فصل) والوجه الثاني أن يقول الرب بينهما ولا يذكر مقداراً أو يقول أعمل في هذا المال على أن لك في الرب شركاً أو شركة ذلك كله جائز وقال محمد بن الحسن إذا قال على أن لك شركة في الرب فهو جائز وإذا قال على أن لك شركاً فهو قراض فاسد (فرع) فإذا قلنا بجواز ذلك فقد قال ابن القاسم إن عمل على ذلك فهو على قراض مثله وقال غيره له النصف وجه القول الأول أن الشركة لما احتملت النصف وغيره كانت بمنزلة أن لم يذكر شيئاً بينهما وعمل العامل من غير شرط فله قراض المثل وجه القول الثاني أن إطلاق لفظ الشركة يقتضي تساوي الشريكين ولا يعدل عن ذلك الإيبان فيحمل عند الإطلاق على ظاهره كالموكل أقر رجلاً أنهما شريكان في هذا المال ثم ادعى أحدهما منية

✽ ما يجوز في القراض ✽

ص ✽ مالك وجه لقراض المعروف الجائر أن يأخذ رجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال إذا شخص في المال إذا كان المال يحمل ذلك فإن كان مقياً في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة ✽

✽ ما يجوز في القراض ✽
✽ قال مالك وجه القراض المعروف الجائر أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال إذا شخص في المال إذا كان المال يحمل ذلك فإن كان مقياً في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة ✽

وهذا كما قال ان من سنة القراض ما قدمناه من ان العامل يأخذ المال القراض ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان وانما هو من ضمان رب المال ولا خلاف في ذلك فان شرط الضمان على العامل فالعقد فاسد خلافا لأبي حنيفة في قوله العقد صحيح والدليل على ما نقوله ان هذا نقل الضمان عن محله باجماع فاقضى ذلك فساد العقد والشرط أصل ذلك اذا باع منه شيئا على البائع ضمانه أبدا ولذلك لو شرط عليه جيلا أو رهنا أو يمينار واه ابن المواز عن ابن وهب قال ويرد الى قراض مثله وباقي الفصل سيرد بيانه بعد هذا ان شاء الله ص **م** مالك ولا بأس ان يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما **ش** وهذا كما قال فانه لا بأس بان يعين العامل رب المال فيما ينفر به اذا كانت معونته على وجه المعروف المحض ولم يكن لان المال بيده وهذا اذا كانت المعونة يسيرة مع كون المال الذي يقرضه بيد صاحبه فاما ان يبضع معه فقد **د** قال مالك يجوز القليل منه دون الكثير وكره ابن القاسم ما قل منه لشرط وجه ما قاله مالك أن اليسير غير مقصود فلا تهمة فيه بخلاف الكثير الذي ينقصد العقد بسببه ويكون زيادة مقصودة فيه وجه ما قاله ابن القاسم ان ذكره واشترطه في العقد اذ ياد في القراض على العامل وذلك يقتضي كونه مقصودا فيه (فرع) فاذا قلنا برؤية مالك فاذا كان ذلك مما لا يتحمل مال القراض لكثرة فيحصل ذلك العامل ومال القراض ناض فقد قال مالك لا يجوز ذلك وجهه انه لما كان لكل واحد منهما محل العقد كان ذلك بمنزلة حال العقد وكل شيء يمنع صحة العقد حال العقد فانه يمنع صحة العقد ما كان رأس المال باقيا على صفته وان كان رأس المال قد شغله العامل في تجارة قال مالك فانه لا يجوز وجهه ان هذا وقت ليس لرب المال انتزاعه من العامل فتبعد التهمة فيه ويحمل على أن العامل متبرع به والله أعلم (مسئلة) وأما معونة رب المال للعامل فقد تقدم الكلام فيه اذا كان المال بيد العامل بان أراد العامل أن يبضع به شيئا من مال القراض ص **م** مالك ولا بأس بان يشتري رب المال من قارضه بعض ما يشتري من السلع اذا كان ذلك صحبا على غير شرط **ش** وهذا كما قاله لا بأس أن يشتري رب المال من العامل بعض ما يتبعه من السلع اذا كان ذلك على وجه الصحة ما لم يكن على وجه الهدية لابقاء المال بيده أو ليتوصل بذلك الى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة وسواء اشترى منه بنقدا أو الى أجل ر واه عيسى عن ابن القاسم وذلك اذا كان اشترى منه بنقدا أخرجه من عنده وجه ذلك انه اشتراها منه بما يتبايع به الناس فقد سلم من التهمة ووجوه الفساد فجاز ذلك بينهما (مسئلة) فان اشتراها ليأخذها من القراض في كتاب محمد عن ابن القاسم لا خير فيه (مسئلة) وان اشترى العامل من رب المال سلعا فلا يخلو أن يتبعها بمال القراض أو لنفسه فان ابتاعها منه للقراض بمال القراض في كتاب محمد اختلف فيه قول مالك فروى عنه عبد الرحيم انه خففه ان صح وروى عنه ابن القاسم كراهيته وكذلك الصنف وجهه راية الاولى انه اذا صح البيع منهما جاز كما لو باع العامل من رب المال وجهه راية ابن القاسم ما يحذر من تعانين العامل له وزيادته في ثمن سلعة فيتوصل بذلك الى أخذ منفعة من مال القراض قبل القسمة وربما أثر ذلك في مال القراض نقصا يحتاج العامل الى جبره بعمله وان ابتاع العامل لنفسه فهو جائز قاله ابن القاسم وجه ذلك ان التبايع لم يقع في مال التجارة فلم يؤثر في ذلك فسادا في عقدها كبايعة الأجنبي (مسئلة) فان ابتاع العامل من رب المال بعض سلع القراض فلا يخلو أن يكون ذلك مع استدامة القراض أو مع التفاضل فيه فان كان مع استدامته فانه يجوز نقدا ولا يجوز الى أجل خلافا لبيت

قال مالك ولا بأس بان يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما **م** مالك ولا بأس أن يشتري رب المال من قارضه بعض ما يشتري من السلع اذا كان ذلك صحبا على غير شرط

وبحي بن سعيد في تجوز هذا ذلك الى أجل والدليل على صحة ما قلناه ان القراض مبنى على التساوى ومباعدة الازدياد من العامل فاذا باع منه سلعاً بثمن الى أجل فالظاهر انه انما اشتراها بزيادة على القسمة فيزداد منه القراض تلك الزيادة وتكون أيضاً مضمونة عليه وذلك خلاف ما بنى عليه القراض (مسئلة) وان كان عند التفاضل فيجوز بالنقد وأما بالتأخير ففي العتبية عن مالك أنه قال لا خير فيه وكأنه نجابه ناحية الربا وروى عيسى عن ابن القاسم أن ابتياعه منه بنقد أو بمثل فأقل الى أجل فهو جائز ولا يجوز الى أجل بأكثر من رأس المال وقال ابن حبيب في واخته سمعت أصحاب مالك يقولون لأبأس به وعمدته ابن القاسم وجه قول مالك أن ما بقي من المال عند العامل هو الذي وجب لرب المال من مال القراض فلا يجوز أن يؤخره عنده لزيادة بزادها منه لأن ذلك مما يشابه الربا لأن الذي له عنده عين فيتركه عنده ليزيده فيه ووجه آخر ان على العامل بيع ذلك العرض وتحصيل ثمنه فاذا باعه منه بثمن الى أجل قويت التهمة في انه يعطيه الثمن المؤجل فيما بقي بيده من رأس مال القراض وفي عمله ويضمن مع ذلك ما لم يأخذه على الضمان ووجه رواية عيسى أنه اذا باعه بمثل رأس المال فأقل ضعفت التهمة واذا كان بأكثر من رأس المال قويت التهمة ووجه رواية ابن حبيب عن أصحاب مالك انه انما يبيع منه ذلك عند التفاضل بعد ان يرضى بأخذه رب المال فاذا جازي بعه بالنقد جاز يبيعه بأجل لأن كل تهمة توجد فيه مع التأجيل توجد مع النقد فاذا لم يمنع ذلك بيعها بالنقد لم يمنع بيعها بالتأجيل ص قال مالك في رجل دفع الى رجل والى غلام له مالا قراضا يملك فيه جميعا أن ذلك جائز لأن الربح مال للغلام لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه ش وهذا كما قال انه اذا دفع الى عبده مال القراض ورجل آخر ليكون الربح بينهما فانه جائز وهما بمنزلة الاجنبيين في ذلك والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون عاملا معه والربح بينهما والثاني يكون خادما للمال ولا شيء له من الربح والثالث أن يكون أميناً عليه وحافظاً له فان كان عاملا فيه والربح بينهما وهما تاجران أمينان فهو جائز خلافاً لأبي ثور في منعه ذلك والدليل عليه انه شريك له في حفظ المال وربحه والعمل فيه فلم يمنع ذلك صحة القراض كلاجنبى (مسئلة) ومن شرط صحة مقارضة الاثنين أن يتساوى حظهما من الربح فان اختلف ذلك فكان لأحدهما الثلث وللآخر السدس ولصاحب المال النصف لم يجز خلافاً لأبي حنيفة والشافعى في تجوزهما ذلك والدليل على ما نقوله ما احتج به ابن القاسم بأنهما شريكان بأبدانهم فلا يجوز تفاضلهما فيما يعود نوعه عليهما كالشركة المختصة بالأبدان (فرع) وسواء كان أحد العاملين أبصر من الآخر أو مثله وكذلك ان كان العامل الاجنبى أبصر من غلامه لأنه ليس من شرط الشريكين في التجارة تساويهما في البصر بالعمل الذي اشتركا فيه كالمعلمين والطيبين (مسئلة) وأما ان كان العبد لخدمة المال فهو جائز اذا كان المال كثيراً يحتاج الى من يخدمه ويعينه وأما ان كان معه من يحفظ المال منه فذلك غير جائز وقد تقدم ذكره (فصل) وقوله لأن الربح للغلام لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه يريد أن ما برزته للغلام القسمة من الربح فهو ملك له ولا يملكه السيد بعد القسمة الا بالانتزاع ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فسادا في القرض من جهة الجهل بالحصص لأنه لو دفع رجل مالا قراضا الى عامل على أي جزء اتفقا عليه جاز ذلك فلا يبطل القراض باضافة حصص أحد العاملين الى حصص رب المال وانما كان يبطل اذا كان العامل نائباً عن رب المال فما كان من ربحه وما كان من عمل فانه ينوب عنه واذا قلنا ان العبد

قال مالك في رجل دفع الى رجل والى غلام له مالا قراضا يملك فيه جميعا أن ذلك جائز لأن الربح مال للغلام لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه

يملك حصته من الربح حتى ينتزعها منه السيد فانما ينوب عن نفسه وعمله له وهو وغيره من العاملين
يملكون حصتهم من الربح بالقسمة وكذلك في المساواة وهذا المشهور من مذهب مالك وبه قال
الشافعي وقال أبو حنيفة يملك بالظهور وقدر روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضي ذلك وجه
القول الاول ان كان ممن يستحق العمل بالعوض فانه لا يملكه الا بعد الفراغ من العمل والتسليم يدل
على ذلك أنه اذا قال له ان خطت هذا الثوب فلك دينار فاننا قد أجمعنا على انه لا يستحق الدينار الا بعد
الفراغ والتسليم كذلك في مسئلتنا مثله ووجه القول الثاني ان هذا أحد الشريكين فوجب أن
يملك الربح بظهوره كصاحب المال (فرع) اذا ثبت ذلك فان وجوب الزكاة في ربح مال
القراض مبنى على ذلك فان قلنا ان العامل يملك حصته بالقسمة فان وجوب الزكاة فيه معتبر بحال
رب المال فان كان عبدا أو كافرا فلا زكاة فيه وان قلنا انه يملك بظهوره اعتبرنا حاله في الزكاة بحال
العامل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وهو بمنزلة غير ذلك من كسبه يريد انه في ملك العبد دون السيد وانما ينتقل
الى السيد بالانتزاع وهو مذهب مالك في ان العبد يملك خلافا للشافعي في قوله لا يملك العبد والدليل
على ما نقوله أن من حازه أن يطأ بملك اليمين صح منه الملك كالحرث

﴿ ما لا يجوز في القراض ﴾

﴿ ما لا يجوز في القراض ﴾

* قال مالك اذا كان

لرجل على رجل دين

فسأله أن يقره عنده قراضا

أن ذلك يكره حتى

يقبض ماله ثم يقارضه بعد

أو يمسك وانما ذلك مخافة

أن يكون أعسر بماله فهو

يريد أن يؤخر ذلك على أن

يزيده فيه

ص * قال يحيى قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا ذلك يكره
حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وانما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخر
ذلك على أن يزيده فيه * ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن يقر الدين بيد من هو عليه على وجه القراض
ويدخله ما قال من الزيادة في الدين للتأخير به لأنه قد يرضى بالجزء اليسير من أجل بقاء الدين عنده
فيفتضح باحضاره ولو لا ذلك لما رضى بمثله (مسألة) والقراض بالدين على وجهين أحدهما انه
لا يحضر المال والثاني أن يحضره فان لم يحضره فقد حكى ابن المواز عن مالك ليس له الا رأس ماله
وقال ابن القاسم في العتبية وجه ذلك ان عقدا القراض أدخل الفساد على ما كان يجوز له من تأخير
بالدين فوجب أن يبطل القراض وأن يبقى الدين على حسب ما كان (مسألة) وان كان أحضر
المال فجعله قراضا قبل أن يقبضه رب المال فالمشهور من المذهب انه غير جائز وبه قال الشافعي
وقال القاضي أبو محمد فمين غصب دنانير أو دراهم ثم ردها فقال المغيصوب منه لا يقبضها ولكن اعمل
بها قراضا ان ذلك جائز ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن يكون المغيصوب أحضر المال تبرعا
فلذلك جوزه وان الذي عليه الدين اتفق معه على احضار الدين ليرده اليه على وجه القراض ولو جاء
بدينه متبرعا قاضيا له فتركه عنده قراضا أقام احضاره مقام قبضه بعد المعرفة بجودته وزنه والدليل
على صحة ما ذكرناه من قول أصحابنا في المنع من ذلك انه ما لم يقبض منه بالانتقاد والوزن فهو في ذمته
فلم يجز القراض به كالذي لم يحضره (فرع) فان نزل فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس لرب
المال الا رأس ماله وهو في العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم وروى أشهب في غير العتبية
ان نزل مضى وجه الرواية الاولى ما تقدم من انه دين ثابت في الذمة فورض به فلم يكن لرب المال غير
رأس ماله مضمونا كالذي لم يحضر ووجه قول أشهب ان هذا مال قد حضرت عينه وعلمت براءة
من كان عليه منه فاذا رده اليه قراضا فقد أذن له في قبضه من نفسه فكان ذلك بمنزلة المقبوض منه

(مسئلة) وأما الوديعه فاختلف أصحابنا فيها فسكره ابن القاسم المقارضة بها حتى تحضر وقال ابن المواز لا بأس به وكرهه ابن حبيب من غير الثقة ولم يكرهه إذا كان المودع ثقة وجه قول ابن القاسم انه لما كان يمكن المودع التصرف فيه على وجه الاقتراض كانت بمنزلة الدين في منع المقارضة بها ولذلك جوزها ابن حبيب في العدل الثقة لانه يوثق بقوله هي عندي لم تصرف فيها ووجه قول ابن المواز أن يد المودع يد رب المال لانه حفظ له فصيح أن يقبضها من نفسه قراضا كما يصح أن يقبضها من رب المال بذلك الوجه (فرع) فان نزل القراض بالوديعه مضى والربح بينهما ما يصدق المودع في ضياعه رواه ابن القاسم عن مالك في العتية ووجه ذلك انها لم تتعلق بالذمة وانما كانت وديعه لصاحبها بيد المودع النائية عن يده ولو أحضرها لارتفعت الكراهية فيها ولم يختلف في جوازها البقاء عنينا وكذلك المرتهن لنفسه أو لغيره ص قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا اقراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فإراد أن يجعل رأس المال ببقية المال بعد الذي هلك منه قبل أن يعمل فيه قال مالك لا يقبل قوله ويجوز رأس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقي بعد رأس المال على شرطهما من القراض ش وهذا على ما قال ان هلاك بعض المال قبل أن يعمل به لا يغير حكم رأس المال بل هو على ما عقدا عليه وقبض العامل من المال لان القراض على ذلك انعقد بينهما فربح بعد ذلك جبر ما تنقص من المال بربح فان فضلت بعد ذلك الجبر فضله فذلك جميع الربح ولو اتفقا بعد النقص على اسقاط ما هلك من رأس المال واستثناف القراض بما بقي منه فقد اختلف أصحابنا في ذلك فالذي رواه ابن القاسم عن مالك انه لا يصح ذلك الا بعد أن يقبض رب المال ببقية ماله قبضا صحيحا ثم يدفعه بعد ذلك اليه قراضا مستأنفا وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون انهما اذا اتحسا باقرا ما بقي بعد الخسارة رأس مال القراض فار ذلك يكون تقاضيا صحيحا وما عقده من القراض عقدا مستأنفا حضر المال ولم يحضره وأما ان كان على وجه الاجبار لا على وجه المنافسة فان حكم القراض الاول باق ووجه رواية ابن القاسم ان التفاضل في القراض انما يكون بان يقبض رب المال ماله وما لم يوجد ذلك فان ذلك لا يصح لانه انما قصد الى أن يزيد العامل في حظه من الربح ما يقتضيه عند القراض من جبر ما تقدم من الخسارة وذلك غير صحيح ولا جائز ووجه رواية ابن حبيب ان المنافسة تقع في ذلك بالقول دون القبض كسائر العقود لان العقود الدلزمة تفسخ بالقول فبان تفسخ به الجائزة أولى وأخرى ص قال مالك لا يصح القراض الا في العين من الذهب أو الورق ولا يكون في شيء من العروض والسلع ش وهذا كما قال انه لا يجوز القراض بغير الدينار والدراهم لانها أصول الأثمان وقيم المتلفات ولا يدخل أسواقها تغيير فلذلك يصح القراض بها فأما ما يدخله تغيير الأسواق من العروض فلا يجوز القراض به ووجه ذلك انه قديما أخذ العامل العرض قرضا وقيمه مائة دينار فيتجر في المال فيربح مائة فيرده وقيمه مائتان فيصير الربح كله لرب المال ولا يحصل للعامل شيء وقد لا يربح فيرده وقيمه خمسون فيبقى بيده من رأس المال خمسون فيأخذ نصفها وهو لم يربح شيئا (مسئلة) فأما القراض بالفلوس فقد قال ابن القاسم لا يجوز ذلك وروى عن أشهب في الأمهات انه أجاز القراض بها ووجه القول الاول ان الفلوس ليست بأصل في الأثمان ولذلك لا تجرى مجرى العين في تحريم التفاضل وبيعها بالعين نساف لم يجز القراض بها كالعروض ووجه القول الثاني انه لا يتعين بالعقد فصيح القراض بها كالدينار والدراهم (فرع) فادان لنا برباوية المنع فان وقع ذلك فقد قال ابن المواز له القراض

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فأراد أن يجعل رأس المال ببقية المال بعد الذي هلك منه قبل أن يعمل فيه * قال مالك لا يقبل قوله ويجوز رأس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقي بعد رأس المال على شرطهما من القراض * قال مالك لا يصح القراض الا بالعين من الذهب أو الورق ولا يكون في شيء من العروض والسلع

بالنقار أخف والفلوس كالعروض وهذا مقتضى فساد القراض ويكون له في بيع الفلوس أجرة
 المثل وفيما نض من ثمنها قراض المثل وقال أصبغ هي كالنقار وقال ابن حبيب نحوه وترد فلوسا مثلها
 وجه قول ابن الموازيان الفلوس لا يحرم فيها التفاضل فاذا وقع القراض بها وحسب فسخه كالعروض
 ووجه قول ابن حبيب ان هذا ثمن يتعامل به فلا يفسخ القراض اذا وقع به كالدنانير والدرهم
 (مسئلة) وأما نقار الذهب والفضة فروى ابن القاسم عن مالك المنع من القراض بها وروى عنه
 أشهب اجازة ذلك وروى يحيى بن يحيى منع ذلك في بلد يتعامل فيه بالدنانير والدرهم وأما في بلد
 يتعامل فيه بالتمر فلا بأس به وجه رواية ابن القاسم أنها تتعين بالعقد فكان القراض بها ممنوعا
 كالعروض ووجه رواية أشهب انها عين تجب فيها الزكاة فصح القراض فيها كالدنانير والدرهم
 (فرع) فاذا قلنا برواية المنع ووقع ذلك فان يحيى روى عن ابن القاسم انه يضمه ولا يفسخه وقال
 القاضي أبو محمد وجه ذلك عندى على الكراهية وذلك عندى يحتاج أيضا الى توجيه ووجهه أن
 قيمته لا تتفاوت ولا يدخلها من حوالة الاسواق الا ما يقرب مما يدخل الدنانير والدرهم فلذلك لم
 يفسخ (مسئلة) وأما الحلى المصوغ من الذهب والفضة فلا يجوز القراض به ورواه أشهب عن
 مالك وذلك الصياغة قد غيرت حكمه وألحقته بالعروض (مسئلة) وأما المغشوش من الذهب
 والفضة حكى القاضي أبو محمد انه لا يجوز القراض به مضروبا كان أو غير مضروب وبه قال
 الشافعى وقال أبو حنيفة ان كان الغش النصف فأقل جاز وان كان أكثر من النصف لم يجز ذلك
 واستدل القاضي أبو محمد في ذلك بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها أصل ذلك اذا زاد
 الغش على النصف * قال القاضي أبو الوليد والذى عندى انه انما يكون ذلك اذا كانت الدراهم
 ليست بالسكة التى يتعامل الناس بها فاذا كانت سكة التعامل فانه يجوز القراض بها لانها قد صارت
 عينا وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات وتجاوز أحبابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم
 المغشوشة ولا خلاف بين أحبابنا في تعلق الزكاة بعينها ولو كانت عروضاً لم تعلق الزكاة بعينها وان
 اعترض في ذلك انه يجوز انقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة اذا قطع
 التعامل بها والله أعلم ص * قال مالك ومن البيوع ما لا يجوز اذا تفاوت أمره وتفاخش
 رده فأما الربا فانه لا يكون فيه الا رداً أبداً ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره
 لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلکم رؤس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون * ش
 وهذا كما قال ان من البيوع يوعا مكروهة فان فات أمضى عقده ولم ينتقص ولم يغير كبيع الحب
 بعد أن أفرك وقبل أن يبيس وبيع الثمر بعد أن أزهى يؤخذ كيلا بعد أن يثمر قال ذلك عيسى
 وزاد فيه ان من البيوع المكروهة التى تجرى مجرى ما تقدم ذكره ما اذا فات نظرفيه فان كان
 فيها شئ يأخذه البائع أعطيه والا لم ينتقص مما أخذ شئاً وان هى أدركت ولم تنفث فأسقط البائع
 شرطه مضى البيع ولمهما أرى انه يصير الى بيع وسلف وليس ذلك من جملة البيوع المكروهة
 فقط بل هو من البيوع المحرمة وكذلك ما يرد فيه الى الأكثر من القيمة أو الثمن كببيع الأمة على أن
 تتخذ أم ولد قال عيسى وأما الذى لا يفوت فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت فاذا فات رد الى القيمة ما
 بلغت في قول عيسى انما مضى من البيوع بالثمن اذا فات ما كان مكروهاً ولم يكن حراماً وأما الذى يرد
 الى القيمة حين القبض فهو الحرام وقال ابن عبدوس ان كان بيع كان فساد لعقده كالبيع وقت
 صلاة الجمعة ممن يجب عليه اتيانها وكاتبها على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادى والبيع على

* قال مالك ومن البيوع
 ما يجوز اذا تفاوت أمره
 تفاخش رده فأما اربا
 فانه لا يكون فيه الا الرد
 أبداً ولا يجوز منه قليل
 ولا كثير ولا يجوز فيه
 ما يجوز في غيره لان الله
 تبارك وتعالى قال في كتابه
 وان تبتم فلکم رؤس
 أموالکم لا تظلمون ولا

تلقى السلع فان فات يمضي بالثمن وما كان فسادا في أحد عوضيه كبيع المجهول والغرر فانه يرد بعد الفوات الى القيمة وجه ما قاله عيسى ما حكى عن ابن القاسم فبين باع كيلا من التمر من حائط معين قد أزهى انه يرد للذيتان به على الوجه المكروه ما لم يفت فاذا فات أمضى كالصلاة في الوقت اذا وقعت على بعض الوجوه المكروهة الا أنها على صفات الاجزاء فانها تعاد في الوقت للذيتان بها على أكمل صفاتها فاذا فات الوقت لم تعد وأما البيع الحرام فانه يرد أبدا لانه وقع على الوجه الفاسد الذي لا يصلح انفاذه عليه فوجب أن يرد الثمن فيه أبدا لانه لم يملك بالعقد كالصلاة اذا عريت من صفات الاجزاء فانها تعاد أبدا ووجه ما قاله ابن عبدوس ان هذا عقد معاوضة فاذا كان الفساد في عقده كان فيه بعد الفوات العوض المسمى واذا كان فسادا في عوضه كان فيه بعد الفوات القيمة كالنكاح

(فصل) قال ابن مزين وانما خرج مالك من مقالته في صدر المسئلة في القراض الى ذكر البيوع وما اختلف من ذكر مكروهها وحرامها وانما هو مثل ضرر به اعتزى فيه أن للقراض مكروهها وحراما كالبيوع لها مكروه وحرام فمكروه القراض ما كان منه اذا فات بالمعمل يرد فيه الغامل الى قراض مثله مثل المقارض بالسلعة والمقارض على الضمان والمقارض بشرط أو يشترط عليه أن لا يرد المال الى أجل مسمى فهذا وشبهه مكروه القراض وهو نظير مكروه البيع كالا ينقض البائع في مكروه البيع من الثمن الذي باع به اذا كان أدنى من القيمة فكذلك لم يخرج المقارض في مكروه القراض ويرد الى قراض مثله وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل الى أجرة مثله ويخرج عن ربح القراض كما أن البيع في البيوع الحرام ويرجع عند فوات السلعة الى قيمتها وان كان ذلك دون الثمن الذي باع به أو أكثر فهذا تأويل هذه المقالة التي قالها مالك وهذا الذي ذكره ابن مزين في ايراد مسئلة البيوع الفاسدة بأثر مسائل القراض لأبأس به في ان المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة وما ذكره في ثبوت الحكم في القراض الحرام والمكروه متنازع وذلك ان القراض الفاسد اختلف أصحابنا في الواجب به اذا فات قال القاضي أبو محمد الظاهر انه يرد الى قراض المثل وبه قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه وروى عن مالك يرد في ذلك كله الى أجرة المثل ذكر هذه الرواية القاضي أبو محمد وبه قال أبو حنيفة والشافعي وروى عن مالك يرد بعض القراض الفاسد الى قراض المثل وبعضه الى أجرة المثل حكاه عنه ابن حبيب وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ واختلف أصحابنا في تفسير ذلك فقال ابن حبيب أصل ذلك ان كل زيادة يشترطها أحدهما في المال داخله فيه ليست بخارجة عنه ولا حاصلة لمشترطها فذلك يرد الى قراض المثل وكل زيادة ازدادها خارجة من المال أو خالصة لأحدهما فان هذا يرد الى اجارة المثل وكل خطر وغرر يتعاملان عليه خر جافيه عن سنة القراض فهو في ذلك أجبر وحكى القاضي أبو محمد عن ابن القاسم ان معنى ذلك ان طال الفساد من جهة العقد فانه يرد الى قراض المثل ان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر فانه يرد الى اجارة المثل حكى عن عيسى ما تقدم وجه الرواية الأولى ان شبهة كل عقد فاسده يجب رده الى صحته اذا فات كالبيع والنكاح والاجارات اذا ثبت ذلك فهذا الذي ذكره ابن حبيب في التقسيم غير ما ذهب اليه ابن مزين وانما كان يجب على ما ذكره مالك في البيوع الفاسدة ان لو قال كل قرض اوقع على وجه مكروه ووجدت فيه شروط الصحة فانه يترك اذا وقع وفات وما كان حراما لم

يوجد فيه شروط الصحة فانه يردأبدا وان فات كان فيه قراض المثل ولكن مالكا انما قصد الى ان حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد كما ان حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد ولم يقصد الى التسوية بين المكروه منها (فرق) والفرق بين قولنا قراض المثل وأجرة المثل ان قراض المثل متعلق ببناء ذلك المال وان كان فيه ربح فله حصته في مثله في عمله وأمانته في ذلك المال وان لم يكن له ربح فاختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من قال لا شيء له وهو الأظهر ومنهم من يجعل له قراض المثل حصة ثابتة مع وجود الربح وعدمه ويفرق بينه وبين أجرة المثل بان يجعل له الجزء الذي يعامل مثله عليه في مثل المال وأما أجرة المثل فانها متعلقة بذمة صاحب المال بأجرة ثابتة يدفعها اليه من حيث شاء ان كان في المال ربح فالمشهور من المذهب ان له أجرة مثله كان له في المال ربح أو خسارة وقال ابن حبيب ان له أجرة المثل من الربح فانه لم يكن في المال ربح فلا شيء له (فرق) وبينهما فرق آخر وهو ان العامل في قراض المثل يلزمه العمل الى أن ينض المال ولا يلزمه في أجرة المثل شيء من ذلك وعلى رب المال قبض دينه ان كان أذن له فيه ويبيع عروضة وعلى العامل اثبات ديونه لان من كانت عليه ان جمدها ولم تثبت بينه ضمنها العامل

❦ ما يجوز من الشرط في القراض ❦

❦ ما يجوز من الشرط في القراض ❦
 ❦ قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مائة قرضا وشرط عليه أن تشتري بمالي الاسلحة كذا وكذا أو ينهاء أن يشتري سلعة باسمها ❦ قال مالك من اشترط على من قارض أن لا يشتري حيوانا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشتري الاسلحة كذا وكذا فلا بأس بذلك ❦ وهذا كما قال ان من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة أو بالحيوان فذلك جائز وله شرطه لانه قد ابقى له من السلع ما لا يعدم التجارة فيها في بلد من البلدان ولا وقت من الأوقات وهذا شرط في صحة القراض فأما اذا قال له أقارضك على أن لا تشتري الاسلحة كذا السلعة بعينها فان كانت السلعة كثيرة موجودة ولا تعدم التجارة فيها ولا تعدم هي في وقت من الأوقات كالحيوان والطعام فان ذلك جائز وان كانت السلعة قد تعدم في وقت من الأوقات أو تعدم التجارة بها لقلتها في بعض الأزمان لم تجز المقارضة بها وعقد القراض على ذلك فانه فاسد وهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو جائز والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان هذا اشترط ما ينافي عقد المضاربة فوجب أن لا يصح كالموشرط عليه الضمان أو شرط أن يرد اليه عروضا والذي يدل على ان هذا الشرط ينافي المضاربة أن المفسود منها هو الغاء والربح وإذا قال لا تشتري الا هذا الثوب فانه لا يبعد أن يعدم في ذلك الثوب ربح فيبطل مقصود القراض (فرع) اذا ثبت ان ذلك يفسد القراض فانه يفسخ وقال ابن حبيب كل قراض وقع فاسدا مما يرد فيه العامل الى قراض مثله أو أجرة مثله فانه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده ووجه ذلك انه عقد غير لازم فاذا عثر عليه قبل أن يتناع بالمال شيئا ففسخ وان عثر عليه بعد ان ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به في المستعمل وهما فيا تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل (فرع) فاذا قلنا يرد الى أجرة مثله فلا تفريع واذا قلنا يرد الى قراض مثله وابتاع ببعض العين سلفا ❦ قال القاضي أبو الوليد فعندي ان اشترى باليسير الذي لا خطب له فهو كمن لم يشتري شيئا وان كان اشترى بالكثير وبقى الكثير فهو

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيئا من الربح خالصادون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا ان يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمي شيئا من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شيء سمي من ذلك حلال وهو قراض (١٦٠) المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما

فوقه خالصا له دون صاحبه وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين

* مالا يجوز من الشرط في القراض *

* قال يحيى قال مالك لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون

مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيء من الأشياء بزاداه أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شيء من ذلك

على قراض المثل فيما عمل فيه ويترك الباقي ص * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيئا من الربح خالصادون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمي شيئا من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شيء من ذلك حلال وهو قراض المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصا له دون صاحبه وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين * ش وهذا كما قال ان من اشترط من المتعاملين شيئا من الربح على الآخر فان ذلك جائز لان ذلك يقتضي أن لا يتخاوا أحدهما من حصته من الربح ولو اشترط أحدهما عددا لم يجز لانه قد يمكن ذلك العدد أن يستغفر جميع الربح فلا يكون للآخر حظ من الربح وهو لم يدخل في القراض الا على حظ من الربح فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على العدد فان شرط أحدهما مع الأجزاء شيئا من الربح مقدر بالعدد ولو درهما واحدا فان ذلك يفسد عقد القراض لان القراض مبني على الأجزاء فاذا اشترط فيه عددا مستثنى أدخل الجهالة في الأجزاء المشتركة ولا يعلم حينئذ كم مقدارها ولا يعلم كل واحد منهما جزاءه من الربح فلم يتقدر بجزء ولا بعدد فوجب أن يبطل والله أعلم

* مالا يجوز من الشرط في القراض *

ص * قال يحيى قال مالك لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصادون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيئا من الربح خالصادون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيء من الأشياء يزاداه أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شيء من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافى ولا يولى من سلته أحد ولا يتولى منها شيئا لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسم الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شيء لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر * ش وهذا كما قال انه لا يجوز لأحد المتعاملين أن يشترط لنفسه من الربح شيئا لا يفضى الى الأجزاء على ما قدمناه وقد بينا ذلك وقوله ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل يريد انه لا يجوز أن يشتمل

صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافى ولا يولى من سلته أحد ولا يتولى منها شيئا لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسم الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شيء لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر

عليه ما عقد واحد وجه ذلك ان هذه عقود لازمة وعقد القراض عقد جائز والجواز ضد اللزوم فلما
تناهى مقتضاهما لم يصح أن يجتمعا في عقد لان ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه ويوجب فساده وإذا
فسد أحدهما ففسد الآخر لا شتمال العقد عليهما (مسئلة) فان وقع بيع وقراض فقد روى عيسى
عن ابن القاسم في كتاب ابن مزين يفسخ ذلك ما لم تنف السلعة ويعمل في القراض ثم يتقارضان
قراضا صحيحا ان شا آ فان لم تنف سلعة البيع وقد عمل في المال ففسخ البيع وكان أجيرا في القراض
وان فانت السلعة وعمل في المال فكذلك أيضا له قيمة سلعته ويرد في القراض الى أجرته مثله ويكون
نماء المال له (مسئلة) وأما ان اشترط عليه عملا كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل
بيده قال ابن القاسم ان فات فهو أجير وقال ابن وهب هما على قراضهما * قال القاضي أبو الوليد
ومعنى ذلك عندى أن يكون له أجر عمله ويكون في المال على قراض مثله دون اشتراط عمله

(فصل) وتوله ولا سلف ولا مرفق يشترط أحدهما لنفسه دون صاحبه على ما قال انه لا يجوز ذلك
لما ند مناه من أن السلف طريقه اللزوم وكذلك عقود المرافق وذلك مما ينافي عقود الجواز فان وقع
ذلك فريج السلف للعامل وهو في المسألة الأخرى أجير على قول ابن القاسم وعلى قراض المثل في قول
ابن وهب

(فصل) وتوله الآن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما
يريد أن يكون أحدهما يعين صاحبه من غير شرط ولا عوض الا مجرد المعروف والمرفق فيما يجوز ان
يعينه فيه ولا يعود بفساد القراض على ما تقدم قبل هذا فانه اذا صح ذلك منهما ولم يكن ذلك معنى
القراض الذى بينهما فهو جائز غيرهما سدا بينهما من القراض

(فصل) ولا ينبغي للتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام
ولا شيئا من الأشياء على ما تقدم وان كانت الزيادة من الذهب والفضة من غير ربح القراض كانت
مع القراض اجارة ان اشترط ذلك العامل وان اشترطه صاحب المال فانه عمل وعين معلوم يعين
مجهول (فرع) فان نزل ذلك في كتاب محمد بن المواز عن مالك وأصحابه انه ان ترك ذلك من اشترطه
قبل العمل فهو جائز ووجه ذلك عندهم انه قد أسقط ما أدخل الفساد في العقد في وقت يجوز له
تركه وابتدأه فساكن ذلك بزيادة ان فسخ العقد الفاسد واستأنف عقدا صحيحا (فرع) وأما بعد
العمل فروى يحيى عن ابن نافع انه ان أبطل الشرط الفاسد مشروطه صح العقد ونماذيا عليه وأنكر
ذلك يحيى بعد العمل

(فصل) وقوله فان دخل القراض شيء من ذلك صار اجارة ولا يملح الابتنى ثابت معلوم يريد ان
اشترطه العامل فهو اجارة لان من حكم القراض أن يكون عوض العمل حقه مقصور على ما يترقب
خروجه من النماء فاذا اشترط العامل ذهبا من غيره أو غير ذهب فقد خرج عن سنة القراض الى ما
لا يجوز فيه وانما يجوز في الاجارة الآن من شرط الاجارة أن يكون جميع عوضها معلوما فاذا
كان بعض عوضها مجهولا مترقبا من النماء لم تصح الاجارة أيضا والفرق بين الاجارة على التجارة
بالمال وبين القراض ان في الاجارة يستأجره على ان يتجرله في ماله بشئ معلوم معين مقبوض
أو مقدر في الذمة بقية لازم فان جعل شئ منه في انماء المترقب لم يجز ومعنى القراض أن يعامله
معاملة جائزة ليعمل في ماله بجزء من نمائه المترقب فان صرف شئ من عوض العمل الى غير ذلك
لم يجز

(فصل) وقوله ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكفني ولا يولي من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيئا لنفسه ير بدانه ليس للعامل أن يشترط في عقد القراض إلا أن يكفني منه من أسدى إليه معروفا يختص به وأما لو كافأ منه أحدا بمعروف أسدى إليه في مال القراض على وجه التجارة وحسن النظر لجاز ذلك وكذلك ليس له أن يولي أحدا سلعة ير جو فيها نماء وربحا وأما إذا ولا بما وكان في ذلك نظر فهو نفع يقصد مع المكايسة فللعامل أن ينعله وإذا ان الفصلان إذا كانا على وجه المتاجرة فللعامل فعله ولا يحتاج إلى اشتراطهما ولو اشتراطهما لم يفسد بذلك القراض وإن كانا على وجه المعروف فلا يجوز اشتراطهما ويفسد ذلك العقد وإن فعلهما من غير شرط كان ذلك موقوفا على إجازة صاحب العامل وأما أن يتولى من ذلك سلعة فلا ذلك غير جائز لأنه ليس له أن يذهب ببعض الثمن الحاصل في المال ولا يجوز اشتراطه فإن فعل ذلك من غير شرط فرب المال الخيار بين أن يمضيه ويلزمه العامل وبين أن يرده

(فصل) وقوله فإذا حضر المال وحصل غرضه ثم اقتسم الرجوع على شرطهما ير يد الذي يجب أن يبدأ بالأخراج في فسخة القراض رأس المال لأنه لا يرجع لواحد منهما حتى يسلم إلى صاحبه ويصير في قبضه فوجب أن يبرأ في القسمة فإذا سلم إلى صاحبه وتصور في قبضه كان ما بقي بعده يرجع حاصل فيقتسمانه على ما سمي في القراض الصحيح ويجرى الأمر فيه على ما تقدم من الاختلاف في القراض القاسد (مسألة) فإن اقتسم الرجوع دون أن يحضر رأس المال أو حضر فلم يقبضه صاحبه فإن تلك القسمة فاسدة فإن دخل المال نقص رد من الرجوع ما يجبر برأس المال وإن أتى على جميعه فله عيسى

(فصل) وقوله فإن لم يكن في المال له رجوع أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شيء إلا ما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله ير يدان أن لم يكن للمال بعد إخراج رأس المال ورده إلى صاحبه يرجع فيقسم فلا شيء للعامل ولا شيء عليه إن كان في ذلك خسران ولا عليه أن يجبره لأنه ليس بضمنون عليه ولا عليه رد شيء مما أنفق على نفسه إن كان سافريه سفره يقتضي الاتفاق على العامل لأن ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل واجارة وشروطه وقوته على رب المال في ماله ير يد مال القراض وليس ذلك فيما بيده من المال لأنه لم يأذن له في التصرف إلا في مال القراض فليس له أن يتصرف تصرفا يتعدى إلى غير ذلك من ماله ص مالك لا يجوز للذي يأخذ المال فراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط أنك لا تردده إلى سنين لأجل يسميانه لأن القراض له إلى أجل ولكن يدفع رب المال ماله إلى الذي يعمل له فيه فإن بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيئا تركه وأخذ صاحب المال ماله وإن بدا لرب المال أن يقبضه بعد أن يشتري به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فإن بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن ذلك له حتى يبيعه فبرده عينا كما أخذه

قال مالك لا يجوز للذي يأخذ المال فراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط أنك لا تردده إلى سنين لأجل يسميانه لأن القراض له إلى أجل ولكن يدفع رب المال ماله إلى الذي يعمل له فيه فإن بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيئا تركه وأخذ صاحب المال ماله وإن بدا لرب المال أن يقبضه بعد أن يشتري به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فإن بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن ذلك له حتى يبيعه فبرده عينا كما أخذه

على قراضهما قال ابن مزين هو حسن قبل العمل وأما بعد ان يعمل فهو أجير والربح لصاحب المال والضمان منه

(فصل) وقوله وان بد الرب المال أن يقضيه بعد ان يشتري سلعة فليس ذلك له يريد ان عقد القراض يلزم بتغير عين المال والذي يلزم منه عمل معتاد في مثله يرجع به المال الى ما كان عليه من العين لتمكين الانفصال فيه ولا يلزم زيادة عليه بان يتنازع به سلعة أخرى أو يستأنف به تجارة ثانية وذلك مبني على أصليين أحدهما ان القراض من العقود الجائزة التي لكل واحد منهما فسخه والثاني ان القراض لا يقع الانفصال فيه الا وهو على الصفة التي انعقد عليها وذلك بان يعود المال عيناً على الصفة التي انعقد بها القراض فاذا ثبت الأصلان فلكل واحد من المتعاقدين فسخه ما كان عيناً فاذا غيره في سلعة لزمه العمل به الى أن يعود المال عيناً فيمكن الانفصال به ويلزم رب المال تركه بيده اذا صار عرضاً ليتخلص للعامل حصته من الربح التي لها عمل وذلك لا يكون الا بان يصير المال عيناً يرد منه رأس المال ويتخلص بعد ذلك الربح لتصح المقاسمة فيه

﴿ زكاة القراض ﴾

﴿ زكاة القراض ﴾
 * قال مالك ولا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضاً أن يشترط عليه الزكاة في حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلاً من الربح ثانياً فيما سقط عنه من حصته الزكاة التي نصيبه من حصته * ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال لأن ذلك يعود الى أن يشترط عليه عدداً من الربح بنفرد به ثم تطرأ القسمة بعد ذلك وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده واشترطه له وذلك يناقض الجواز لما فيه من الجهالة (مسئلة) فان اشترط على العامل زكاة الربح من حصته فقد اختلف أصحابنا في ذلك فروى أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز لاخير في ذلك وروى عنه ابن القاسم وغيره أن ذلك جائز وبه قال أشهب وجهر رواية أشهب أن ذلك مجبول لأنه قد يقع التشارك بينهما قبل وجوب الزكاة في المال وجهر رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزأشائفاً فكان جائزاً بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر وللعامل النصف غير ربع العشر (مسئلة) فان اشترط العامل على رب المال الزكاة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط زكاة الربح من رأس المال والثاني أن يشترط زكاة حصته من الربح في حصته رب المال من الربح فان اشترط زكاة المال من رأس الربح فقد قال عيسى لا يجوز وحكى القاضي أبو محمد جواز ذلك وجهر رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر لأنه لا يدري ما شرط عليه في رأس ماله في قلته أو كثرته ولا يدري هل يثبت ذلك أم لا لأنه ان كان في غير رب المال أداء الزكاة عنه وان لم يكن في غير رب فلا شيء عليه وجهر رواية القاضي أبي محمد أن زكاة رأس المال على رب المال وزكاة الربح منه ثم تقع القسمة بعد ذلك فاذا شرط العامل الزكاة على رب المال فامتنع شرط عليه زيادة جزء من الربح ولا تأثير لتخصيصه برأس المال لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل ص * مالك ولا يجوز لرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشتري الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيراً

ص * مالك لا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضاً أن يشترط عليه الزكاة في حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلاً من الربح ثانياً فيما سقط عنه من حصته الزكاة التي نصيبه من حصته * ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال لأن ذلك يعود الى أن يشترط عليه عدداً من الربح بنفرد به ثم تطرأ القسمة بعد ذلك وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده واشترطه له وذلك يناقض الجواز لما فيه من الجهالة (مسئلة) فان اشترط على العامل زكاة الربح من حصته فقد اختلف أصحابنا في ذلك فروى أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز لاخير في ذلك وروى عنه ابن القاسم وغيره أن ذلك جائز وبه قال أشهب وجهر رواية أشهب أن ذلك مجبول لأنه قد يقع التشارك بينهما قبل وجوب الزكاة في المال وجهر رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزأشائفاً فكان جائزاً بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر وللعامل النصف غير ربع العشر (مسئلة) فان اشترط العامل على رب المال الزكاة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط زكاة الربح من رأس المال والثاني أن يشترط زكاة حصته من الربح في حصته رب المال من الربح فان اشترط زكاة المال من رأس الربح فقد قال عيسى لا يجوز وحكى القاضي أبو محمد جواز ذلك وجهر رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر لأنه لا يدري ما شرط عليه في رأس ماله في قلته أو كثرته ولا يدري هل يثبت ذلك أم لا لأنه ان كان في غير رب المال أداء الزكاة عنه وان لم يكن في غير رب فلا شيء عليه وجهر رواية القاضي أبي محمد أن زكاة رأس المال على رب المال وزكاة الربح منه ثم تقع القسمة بعد ذلك فاذا شرط العامل الزكاة على رب المال فامتنع شرط عليه زيادة جزء من الربح ولا تأثير لتخصيصه برأس المال لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل ص * مالك ولا يجوز لرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشتري الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيراً بأجر ليس بمعروف * ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا يشتري الا من فلان وقال أبو حنيفة هو جائز وقد تقدم الكلام فيه واحتج مالك في ذلك بأنه اذا عين

له هذا التعيين فأنما هو رسول لأن العامل في المال سنته التصرف وطلب الاسترخا ص فاذا منع من ذلك ونص على الابتياح من معين فأنما هو رسول الى ذلك الرجل المعين يتناع منه لرب المال فلا يجوز أن تتعلق أجزته بضمان المال لأن وجوده مجهول ومقداره مجهول (مسئلة) وسواء كان ذلك الرجل موسرا لا تعدم عنده السلع والمتاجر أو معسرا يعدم ذلك عنده قاله عيسى ورواه يحيى ابن يحيى عن ابن نافع ووجه ذلك أن هذا الشرط يمنع وجود النماء غالبا ويعتد على اختيار ذلك الرجل المعين لأجله أن يمتنع من مبياعته جلة أو من مبياعته إلا بمشاة من الثمن الذي لا يرجي بعده ربح (فرع) فان وقع قال ابن نافع يفسخ ما لم يفت فان فات صحح بما يصح به القراض الفاسد (مسئلة) وكذلك لو شرط عليه أن لا يتجر الا في حانوت معين وأما ان شرط عليه أن لا يتجر الا ببلد معين فان كان حيث عقدا القراض وكان لا يعدم فيه التجارة التي يقصدان لعظم ذلك البلد وكثرة متاجره فهو جائز وان كانت تلك المتاجر تعدم فيه لصغره لم يحجز فأما ان كان بغير بلد القراض وانما شرط عليه أن يخرج اليه فذلك على ضربين أحدهما أن يخرج اليه ليتجر به والثاني أن يخرج اليه ليبيع فيه ما يحمل اليه ويجلب منه ما يشتري فأما الاول فقال ابن حبيب هو جائز ووجه ذلك انه شرط عليه التجارة ببلد يعلم وجودها به أبدا كمالو شرط عليه ببلد عقدا القراض وأما الثاني فاختلف فيه أصحابنا فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وبه قال ابن حبيب وروى أبو زيد في ثمانية عن ابن الماجشون فحين دفع الى رجل ألف دينار قراضا يذهب بها الى بلد من البلدان بعينه يشتري بها متاعا ويقدم بها الى المدينة لا يبيع الا بها وشرط ذلك عليه أن ذلك جائز وهو قراض الناس لم أسمع فيه اختلافا وروى أصبغ عن ابن القاسم اجازته فحين قارض رجلا على أن يخرج الى البصرة أو الفيوم يشتري بها طعما فيل له فالمكان بعيد مثل برقة وافريقية على أن يخرج اليها يشتري بها فقال لا بأس بذلك وجه الرواية الاولى أن هذا اشترط على العامل سفر ابعينه ورماع عدم التجارة والربح فيه لكساد سوق أو انقطاع طريق فوجب أن لا يجوز كمالو اشترط عليه التجارة في سلعة بعينها وجه القول الثاني أن هذا نوع من التجارة لا يكاد يخلفه التصرف فيه على المعهود فجاز أن يقصر العامل عليه كالتجار في البز ص قال مالك في الرجل يدفع الى الرجل مالا قراضا ويشترط على الذي دفع اليه المال الضمان * قال مالك لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من ربح سنة المسلمين فيه فأنما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على مالو أعطاه اياه على غير الضمان وان تلف المال لم أر على الذي أخذه ضمانا لأن شرط الضمان في القراض باطل * ش وهذا كما قال ان لرب المال اذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضي فساد العقد ووجه ذلك ان عقد القراض لا يقتضي ضمان العامل وانما يقتضي الامانة ولا خلاف في ذلك فلذلك اذا شرط نقل الضمان عن محله باجاء اقتضى ذلك فساد العقد والشرط فان ادعى ضياعه أو سرقة صدق وان ادعى رده الى صاحبه فالقول قوله مع يمينه ان كان دفع اليه بغير يمين وان كان دفع اليه بيمينه لم يبرأ الا بيمينه (مسئلة) فاذا دفع القراض على الضمان وجب فسخه ما لم يفت فان فات بطل الشرط ورد فيا قدمضى منه ما لا بد منه في تحصيل رأس المال على هيئته الى قراض المثل على ما روى عن مالك في رد جميع القراض الفاسد الى قراض المثل وهو معنى قوله وانما يقتسمان الربح على مالو أعطاه اياه على غير ضمان (مسئلة) فان ادعى خسارة وكان وجه ما ادعاه معروفا بان يكون من سافر مثل سفره أو تجر مثل تجارته أصابه

قال مالك في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا ويشترط على الذي دفع اليه المال الضمان قال لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من سنة المسلمين فيه فان نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على مالو أعطاه اياه على غير ضمان وان تلف المال لم أر على الذي أخذه ضمانا لأن شرط الضمان في القراض باطل

قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا فراضا واشترط عليه أن لا يتناع به الا تخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها * قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين في القراض الآن شترى ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع * قال مالك لأبأس أن يشترط المقارض على (١٦٥) رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام في المال اذا لم يعد أن يعينه في المال لا يعينه في غيره

* القراض في العروض *

* قال يحيى قال مالك لا

ينبغي لأحد أن يقارض

أحدا الا في عين لأنه

لا تنبغي المقارضة في

العروض لأن المقارضة

في العروض انما تكون

على أحد وجهين اما أن

يقول له صاحب العرض

خذ هذا العرض فبعه

فاخرج من ثمنه فاشتر به

وبع على وجه القراض

فقد اشترط صاحب المال

فضلا لنفسه من يبيع سلعته

وما يكفيه من مؤنتها أو

يقول اشتر به هذه السلعة

وبع فاذا فرغت فابتع

لي مثل عرضي الذي

دفعت اليك فان فضل

شئ فهو بيني وبينك ولعل

صاحب العرض أن يدفعه

الى العامل في زمن هو

فيه نافع كثيرا ثم يرد

العامل حين يردده وقد

رخص فيشتر به بثلاث ثمنه

أو أقل من ذلك فيكون

العامل قد ربح نصف ما

نقص من ثمن العرض

في حصته من الربح أو

ذلك أو كان وجهه معروفا فهو مصدق وان ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أبي عمير عن مالك أنه ضامن ص * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا فراضا واشترط عليه أن لا يتناع به الا تخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها * قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين في القراض الآن شترى ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع * ش وهذا كما قال مالك لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشترى به تخلا بوقف رقابها ويكون ربحها ثماره لان العمل الذي يعامل عليه المقارض هو التجارة دون السقي والقيام على النخل ولا يجوز أن يكون عوضا عن سقي النخل والقيام عليه با غير مقدرة وانما يجوز له أن يكون حصته من ثمر ذلك النخل كما لا يجوز أن يكون العرض والثمره عوضا عن عمل التجارة وكذلك القيام على الدواب لا يجوز أن يكون عوضا عليه جزأ من نسلها لانها مما يربح بغير عمل كالمماشية ووجه آخر وهو انه قد يجد العامل بالرقاب الربح فيكون ممنوعا منه وهو المقصود بالقراض وفي كتاب محمد والواضحة عن مالك اذا اشترط رب المال على العامل أن يزرع مثل ذلك ص * قال مالك لأبأس أن يشترط المقارض على رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام في المال اذا لم يعد أن يعينه في المال لا يعينه في غيره * ش وهذا كما قال مالك لأبأس أن يشترط العامل على رب المال اذا كان كثيرا غلاما يعينه فيه بالخدمة دون غيره من الأموال ولو اشترط خدمة الغلام فيما يخص العامل لم يجز وانما ذلك كالمساقاة يجوز للعامل أن يشترط على رب الخائط الكبير الغلام يعينه في السقي والخدمة

* القراض في العروض *

ص * قال يحيى قال مالك لا ينبغي لأحد أن يقارض أحدا الا في العين لانه لا تنبغي المقارضة في العروض لان المقارضة في العروض انما تكون على أحد وجهين إما أن يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فاخرج من ثمنه فاشتر به وباع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من يبيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها أو يقول اشتر به هذه السلعة وباع فاذا فرغت فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت اليك فان فضل شئ فهو بيني وبينك ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل في زمن هو فيه نافع كثيرا ثم يردده العامل حين يردده وقد رخص فيشتر به بثلاث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض في حصته من الربح أو يأخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده ثم يغلو ذلك العرض ويرفع ثمنه حين يردده فيشتر به بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضي نظرا الى قدر أجر الذي دفع اليه القراض في يبيع اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله * ش وهذا كما قال مالك لا ينبغي القراض الا بالعين

يأخذ العرص في زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده ثم يغلو ذلك العرض ويرفع ثمنه حين يردده فيشتر به بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضي نظرا الى قدر أجر الذي دفع اليه القراض في يبيع اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله

الدنانير والدرهم وقد تقدم تفسير ذلك فان قارضه بعرض فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يقول له بيع هذا العرض فاذا انضئ منه فاعمل به قرضا يكون الثمن رأس المال فهذا لا يجوز وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو جائز والدليل على ما نقوله ان هذا شرط مستأنف فلم يجز تعليق القراض به أصل ذلك هبوب الريح ونزول المطر واستدلال في المسئلة وهو ان هذا قراض واجارة فلم يجز أن يجتمع في عقد لا اختلاف مقتضاها (مسئلة) والوجه الثاني أن يقول له خذ هذا العرض على القراض يكون العرض رأس المال ترد إلى بعد تمام العمل مثله فافضل شيء فهو ربح بيني وبينك فهذا أيضا لا يجوز خلافا لابن أبي ليلى في تجويزه ذلك والدليل عليه ما احتج به مالك من الفرر وهو انه يجوز أن يأخذ العرض في وقت رخصه ويرده في وقت غلاته فيذهب رب المال بربح المال أو يأخذه في وقت نفاقه ويرده في وقت كساده فيشتريه ببعض رأس المال ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينفي بعمله ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه ويختص ببعض الأوقات نفاقه

(فصل) وقوله فان جهل ذلك حتى يمضي إلى آخر الفصل يريد في الوجهين جميعا من كتاب محمد وابن حبيب انه لما كان القراض لا يجوز إلا بالعين وجب أن يصح به عند الفوات فيكون القراض من وقت صح الثمن وحصل بيد العامل وما كان قبل ذلك فلا يمكن رده إلى القراض الصحيح لانه لا يصح القراض به لوجه فكان فيه أجره المثل وهذا كما يقول ان البيع الفاسد يصح بعد الفوات ويرد إلى البيع الصحيح اذا كان المبيع يصح بيعه فاذا لم يصح بيعه لم يرد إلى البيع الصحيح (فرع) وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في ذلك قسما ثالثا وهو اذا اعطاه عرضا بقيته وجعل تلك القيمة رأس المال فقال أبو محمد يظهر الى انه ان كان قصد الى أن يعمل بالثمن ويكون ما قوم به رأس المال انه أجبر في كل شيء لانهاز يادة مشرطة ما ترب المال وما للعامل بخلاف القراض بالعرض فلا يقدر له ثمن قال وهذا على أصل ابن القاسم * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان هذا الوجه له حكم الوجهين المتقدمين لانه لو جاز أن يقال في هذا انه أجبر لا بد أن تكون القيمة فيها زيادة لأحدهما من الآخر لجاز أن يقال ذلك في القراض بنقد لانه لا بد أن يرده وقيته أكثر فنهذه زيادة لرب المال أو يرده وقيته أقل فنهذه زيادة للعامل

﴿ الكراء في القراض ﴾

ص * قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قرضا فاشترى به متاعا فعمله الى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكاري عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان في باع وفاء للكراء فسيبيله ذلك وان بقي من الكراء شيء بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شيء يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة في ماله فليس للقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان ديننا عليه من غير المال الذي قارضه فيه فليس للقارض أن يحمل ذلك على رب المال * ش وهذا كما قال لان رب المال أطلق يده العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر عاذا ذلك بخسران أو ربح فانه يلزمه فيه دون سائر أمواله فان لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض فهو ملزم متعدي التزامه فكان عليه غرمه

﴿ الكراء في القراض ﴾
* قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قرضا فاشترى به متاعا فعمله الى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكاري عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان في باع وفاء للكراء فسيبيله ذلك وان بقي من الكراء شيء بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شيء يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة في ماله فليس للقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان ديننا عليه من غير المال الذي قارضه فيه فليس للقارض أن يحمل ذلك على رب المال

﴿ التعدي في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جلته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال * قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء يبيع الجارية حتى يجبر المال من ثمنها * ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية من مال القراض فوطئها فحملت منه فان كان له مال أخذت منه قيمتها ولا فرق في هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاء وبين أن يكون بيده جارية من مال القراض فيطؤها فحملت منه قاله ابن حبيب واختلف أصحابنا في القيمة التي تلزمه بذلك ففي كتاب محمد يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء وقال ابن حبيب يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطء وجه القول الأول انه انما تعدي عليها بالوطء وبه فانت فلزمته قيمتها يوم وطئها ووجه قول محمد أن رب المال لو أدرى كها قبل الحمل لم يمنعها الوطء من أخذها منه وردّها الى القراض فاذا فانت بالحمل بعد ذلك وهو الذي يمنع ردها الى القراض وكانت قيمتها يوم الحمل أكثر لزمته قيمتها يوم الحمل وان كانت قيمتها يوم الوطء أكثر لزمته قيمتها يوم الوطء لانه وقت ابتداء التقويت فيها والوطء كان سبب فواتها وان كان ثمنها أكثر لزمه ذلك لان الثمن أتلف بالتعدي وقد رضى بضمانه حين وطئها وكان ذلك بمنزلة ما لو تسلف ثمنها (مسئلة) وان كان عديما فتعدي على جارية من القراض فوطئها فحملت كان صاحب المال مخيرا بين أن يضمها له ويتبعه بقيمتها في ذمته والقيمة في ذلك يوم الوطء وليس له من قيمة ولدها ولا بما نقصها الوطء شيء وبين أن تباع عليه جميعا ان لم يكن في المال ربح أو حصته منها ان كان في المال ربح فان نقص ثمن ما يبيع منها من ذلك النصيب الذي يبيع عن قيمتها يوم الوطء اتبعته بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد وان شاء تمسك بنصيبه منها واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد قاله عيسى وهذا على ما اختاره ابن القاسم وأما على اختيار أشهب فانه من ضمن قيمة أمته بالوطء من شريك أو مقارض فانه لا شيء عليه من قيمة ولدها وجه قول ابن القاسم ان القيمة انما يحكم بها عليه يوم الحكم فا كان فيها من ولد قبل ذلك فهو لصاحب المال ووجه قول أشهب أن القيمة انما تكون يوم الوطء فيجب أن يسقط فيها ما كان من ثمنها بعد ذلك فراجع ابن القاسم يوم التقويم وراجع أشهب يوم القيمة والله أعلم (مسئلة) فان كان معدما وتسلف من مال القراض فاشترى جارية فأحبها فلهذا قاله مالك ان رب المال مخير بين أن يحيزه ذلك وبين أن تباع له في المال الذي تسلف وروى ابن القاسم عن مالك انه يتبع به في ذمته في العدم بقيمتها ولا تباع وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال اليه على وجه التخمية لرب المال فليس له أن ينفر دبالا تنفاج به أصل ذلك اذا أبطع معه مالا يشتري به ما وجد له فاشترى به جارية فأحبها أو ثوبا يختص به ووجه الرواية الثانية انه انما تسلف عينا وعليها وقع تعديته فكان ما اشترى فيه للتعدي لاسيما وقد سبب بحرمة العتق فاذا لزمته القيمة فلم يمنع صاحب المال من عوضه لانه لم يدفع اليه المال ليشتري به جارية وانما دفعه اليه ليطلب الربح فاذا حكمت له بالقيمة فقد مضى له بمحضته من الربح ولو اشترى المودع بالوديعة جارية فحملت منه فلا تباع عليه في يسر ولا عسر والفرق بين الوديعة وبين القراض والبضاعة ان الوديعة لم توضع عنده للتخمية فيكون قد قصد الى ابطال غرض صاحبها عنها وانما جعلت عنده للحفظ وتسلفها لان في حفظها

﴿ التعدي في القراض ﴾

* قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جلته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء يبيع الجارية حتى يجبر المال من ثمنها * ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية من مال القراض فوطئها فحملت منه فان كان له مال أخذت منه قيمتها ولا فرق في هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاء وبين أن يكون بيده جارية من مال القراض فيطؤها فحملت منه قاله ابن حبيب واختلف أصحابنا في القيمة التي تلزمه بذلك ففي كتاب محمد يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء وقال ابن حبيب يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطء وجه القول الأول انه انما تعدي عليها بالوطء وبه فانت فلزمته قيمتها يوم وطئها ووجه قول محمد أن رب المال لو أدرى كها قبل الحمل لم يمنعها الوطء من أخذها منه وردّها الى القراض فاذا فانت بالحمل بعد ذلك وهو الذي يمنع ردها الى القراض وكانت قيمتها يوم الحمل أكثر لزمته قيمتها يوم الحمل وان كانت قيمتها يوم الوطء أكثر لزمته قيمتها يوم الوطء لانه وقت ابتداء التقويت فيها والوطء كان سبب فواتها وان كان ثمنها أكثر لزمه ذلك لان الثمن أتلف بالتعدي وقد رضى بضمانه حين وطئها وكان ذلك بمنزلة ما لو تسلف ثمنها (مسئلة) وان كان عديما فتعدي على جارية من القراض فوطئها فحملت كان صاحب المال مخيرا بين أن يضمها له ويتبعه بقيمتها في ذمته والقيمة في ذلك يوم الوطء وليس له من قيمة ولدها ولا بما نقصها الوطء شيء وبين أن تباع عليه جميعا ان لم يكن في المال ربح أو حصته منها ان كان في المال ربح فان نقص ثمن ما يبيع منها من ذلك النصيب الذي يبيع عن قيمتها يوم الوطء اتبعته بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد وان شاء تمسك بنصيبه منها واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد قاله عيسى وهذا على ما اختاره ابن القاسم وأما على اختيار أشهب فانه من ضمن قيمة أمته بالوطء من شريك أو مقارض فانه لا شيء عليه من قيمة ولدها وجه قول ابن القاسم ان القيمة انما يحكم بها عليه يوم الحكم فا كان فيها من ولد قبل ذلك فهو لصاحب المال ووجه قول أشهب أن القيمة انما تكون يوم الوطء فيجب أن يسقط فيها ما كان من ثمنها بعد ذلك فراجع ابن القاسم يوم التقويم وراجع أشهب يوم القيمة والله أعلم (مسئلة) فان كان معدما وتسلف من مال القراض فاشترى جارية فأحبها فلهذا قاله مالك ان رب المال مخير بين أن يحيزه ذلك وبين أن تباع له في المال الذي تسلف وروى ابن القاسم عن مالك انه يتبع به في ذمته في العدم بقيمتها ولا تباع وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال اليه على وجه التخمية لرب المال فليس له أن ينفر دبالا تنفاج به أصل ذلك اذا أبطع معه مالا يشتري به ما وجد له فاشترى به جارية فأحبها أو ثوبا يختص به ووجه الرواية الثانية انه انما تسلف عينا وعليها وقع تعديته فكان ما اشترى فيه للتعدي لاسيما وقد سبب بحرمة العتق فاذا لزمته القيمة فلم يمنع صاحب المال من عوضه لانه لم يدفع اليه المال ليشتري به جارية وانما دفعه اليه ليطلب الربح فاذا حكمت له بالقيمة فقد مضى له بمحضته من الربح ولو اشترى المودع بالوديعة جارية فحملت منه فلا تباع عليه في يسر ولا عسر والفرق بين الوديعة وبين القراض والبضاعة ان الوديعة لم توضع عنده للتخمية فيكون قد قصد الى ابطال غرض صاحبها عنها وانما جعلت عنده للحفظ وتسلفها لان في حفظها

على قول مالك لأن لا بدع أن يتسلفها والوديعة والقراض انما دفعا اليه للتخمية فاذا تسلفها فقد قصد الى ابطال غرض صاحب المال منها فلم يكن له ذلك بين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوبا لنفسه لم يكن أحق به من رب المال ولو ابتاع بالوديعة ثوبا لنفسه كان أحق به من رب المال والله أعلم (مسئلة) فان وطئ العامل جارية من مال القراض فلم تحمل أو تسلف من مال القراض فاشتري جارية فوطئها فلم تحمل فان كانت عينا فرب المال مخير بين أن يضعه قيمتها وبين أن يتركه قاله مالك في الذي تسلف من مال القراض فاشتري به جارية ومعنى ذلك أنه يضعه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه إياها بائنا ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء لكان له ردها الى مال القراض فلما فاتت بالوطء لم يكن له ذلك وكان له أن يلزمه القبة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف فيطالبه بائنا فان كان معسرا فالذي روى ابن القاسم عن مالك أنه ابتاع فيما لم يملكه من القيمة ووجه ذلك أنه قد فاتت استرجاعها الى مال القراض بالوطء لماله في ذلك من الشبهة التي أسقطت الحد في ذلك من إعاره الفروج ولم يفت بيعها عليه فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لم يملكه من القبة أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بائنا عاجلا يبيعها به أو مؤجلا يتبعه به وهذا حكم البضاعة اذا ابتاع بها فوطئها فانه يفوت بالوطء ردها الى البضاعة وبالله التوفيق ص **قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشتري به سلعة وزاد في ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان يبيع السلعة بربح أو وضیعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبي كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن في الثناء أو النقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عنده**

على قول مالك لأن لا بدع أن يتسلفها والوديعة والقراض انما دفعا اليه للتخمية فاذا تسلفها فقد قصد الى ابطال غرض صاحب المال منها فلم يكن له ذلك بين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوبا لنفسه لم يكن أحق به من رب المال ولو ابتاع بالوديعة ثوبا لنفسه كان أحق به من رب المال والله أعلم (مسئلة) فان وطئ العامل جارية من مال القراض فلم تحمل أو تسلف من مال القراض فاشتري جارية فوطئها فلم تحمل فان كانت عينا فرب المال مخير بين أن يضعه قيمتها وبين أن يتركه قاله مالك في الذي تسلف من مال القراض فاشتري به جارية ومعنى ذلك أنه يضعه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه إياها بائنا ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء لكان له ردها الى مال القراض فلما فاتت بالوطء لم يكن له ذلك وكان له أن يلزمه القبة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف فيطالبه بائنا فان كان معسرا فالذي روى ابن القاسم عن مالك أنه ابتاع فيما لم يملكه من القيمة ووجه ذلك أنه قد فاتت استرجاعها الى مال القراض بالوطء لماله في ذلك من الشبهة التي أسقطت الحد في ذلك من إعاره الفروج ولم يفت بيعها عليه فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لم يملكه من القبة أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بائنا عاجلا يبيعها به أو مؤجلا يتبعه به وهذا حكم البضاعة اذا ابتاع بها فوطئها فانه يفوت بالوطء ردها الى البضاعة وبالله التوفيق ص **قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشتري به سلعة وزاد في ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان يبيع السلعة بربح أو وضیعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبي كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن في الثناء أو النقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عنده**

أكثر من رأس مال القراض يقع على أربعة أوجه منها ما جوفد ومنها ما ليس بنقد ومنها ما يكون بيده مال لنفسه أو لغيره وغير صاحب مال القراض فيريد أن يشرك بين المالين فهذا ليس بمتعديه وهو جائز له بغير إذن رب المال ولا اشتراط حين عقد القراض فان شرط ذلك حين عقد القراض فاختلف أحوالنا فيه في المدونة عن ابن القاسم المنع منه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم إجازته اذا شرط رب المال على العامل قاله مالك وقال أشهب ما لم يقصد فيه استقرار الربح لقلة مال القراض وكثرة المال الآخر ووجه ما في المدونة ما احتج به ابن القاسم من أن رب المال يشترط في ذلك استقرار الربح بمال العامل والانتفاع به لان التجارة بكثرة المال أشد تأتيا والارباح أغزر وأمكن واذا منع من ذلك صاحب المال وجب أن يكون بمنع العقد وجوده فيه ووجه الآية الثانية أن اشتراط رب المال له لانه لا يملكه لانه لا يأخذ الاربح ماله **قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي ان اشتراط رب المال لانه لا يملكه لانه لا يأخذ الاربح ماله النقد من اشتراط العامل له فعله بغير شرط فلم يؤثر اشتراطه غير ما يقتضيه العقد (فرع) فان قلنا بالمنع من ذلك وشرط ذلك لرب المال فهل يفسخ أم لا قال أصبغ فممن أخذ قراضا يشترط أن يخلطه بماله أو على أن شاء خلطه بغير شرط الاول أشد فان فعلا لم يفسخ به القراض في الوجهين وليس بحرام (مسئلة) والوجه الثاني أن يسلفه صاحب المال ما يزيد في ثمن السلعة فهذا هو متعديه وقال مالك ان رب المال بالخيار يبيع السلعة بربح أو وضیعة أو لم تبع بين أن يأخذ السلعة ويقضى ما أسلفه فيها وبين أن يكون المقارض شريكا له بحصته من الثمن في الثناء والنقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عند نفسه وقال ابن القاسم في المدونة ان كان ما أسلفه العامل رب المال صبغ به الثياب أو قصرها فان رب المال مخير**

*** قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشتري به سلعة وزاد في ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان يبيع السلعة بربح أو وضیعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبي كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن في الثناء أو النقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عنده**

بين أن يدفع اليه ما أقرضه فيكون على القراض أو يكون شريكاً له بما أدى ويكون الربح والخسارة بينهما على ذلك وقال غير ابن القاسم رب المال مخير بين أن يدفع اليه ما أدى فيكون رب المال شريكاً به لمال القراض فإن كان نماء أو نقص قصر على قيمة الصبغ ورأس المال أو يكون للعامل فيه أجرة المثل وبين أن يضم منه الثياب التي طرزها وقصرها بماله وبين أن يكون العامل شريكاً به بقيمة الصبغ من قيمة الثياب وجه قول ابن القاسم أن العامل لما صرف ما صبغ به وقصر في مال القراض كان الظاهر أنه إنما أسلفه رب المال ليلحقه بالقراض فإن رضى ذلك رب المال كان من جملة القراض وإن رد ذلك عليه كان العامل شريكاً له لأنه إنما أنفق وقصره على وجه التجارة وطلب الربح فيه وليس له أن يضم منه الثياب لأنه لم يتعد فيها بل عمل فيها ما كان له أن يعمل ووجه قول غير ابن العامل إذا أسلف رب المال وقبض صاحب المال السلف كان بمنزلة أن يكون رب المال دفع ذلك المال الذي طرز به وصبغ من عنده ولو فعل ذلك لكان شريكاً به لمال القراض لأنه لم يأذن له في أن يلحقه بالقراض وإنما يكون للعامل في ذلك أجر مثله وإن أقر رب المال من قبول السلف جازله أن يضم منه الثياب لأنه قد تعدى بخلط ماله بمال القراض بعد الشراء به في وقت لا يجوز له خلط ماله به (مسئلة) فإن كان ما أسلفه أكثرى به على مال القراض فإن العامل لا يكون به شريكاً وإن ذلك له دين في مال القراض فالمرحوم لم يبق من مال القراض شيء فلا شيء له ووجه ذلك ما احتج به ابن القاسم أن الصبغ يحسب في رأس المال وله حظ من الربح لمن باع مراحته والكراء لا يحسب له ربح لأنه غير سلعة قائمة في البز وإنما يكون شريكاً بالسلعة القائمة (فرع) فإذا أضاف إلى مال القراض ما يكون به شريكاً كالصبغ والفصارة فذهب المال إلى قدر ما أضاف إليه فإنه لا يكون له منه إلا بقدر حصته وإن كان ما أضافه إليه لا يكون به شريكاً كالكرء فتلف المال لا بقدر الكراء فإنه أحق به قاله ابن المواز ووجه ذلك أن ثمن الصبغ والفصارة هو به شريك والكراء سلف قال القاضي أبو الوليد وعندى أن له أخذه من مال القراض لأنه قضى عنه ما لم يكن قضى عن غيره بغير أمره فيكون له ذلك في مال القراض (مسئلة) والوجه الثالث أن يقرض مال القراض والوجه الرابع أن ينفق ولم يقصد شيئاً من ذلك ص (مسئلة) قال يحيى قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضاً ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه أنه ضامن للمال إن نقص فعليه النقصان وإن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال

* قال يحيى قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضاً ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه أنه ضامن للمال إن نقص فعليه النقصان وإن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال

عند الأول وعند الغير رأس المال هو ما صار إلى العامل الثاني من المال وذلك مثل أن يكون رأس المال ثمانين فيضيع منه عند العامل الأول أربعون ويدفع إلى العامل الثاني أربعين فصارت بعمل الثاني مائة فقد قال ابن القاسم في المدونة أن صاحب المال يأخذ رأس ماله ثمانين ونصف ما بقي باسم الربح وذلك عشرة ويأخذ العامل الثاني العشرة الباقية ويرجع على العامل الأول ببقية ماله من الربح لأن الربح في حقه ستون له منها النصف وذلك ثلاثون قال سمنون وقال غيره بل رأس المال ما بيد العامل وذلك أربعون ثم يأخذ نصف الربح وذلك ثلاثون ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول وإن كان أتلف الأربعين بعد أخذها منه فيكمل له مائة وعشرة وإن كانت تنفت بغير نقد رجع عليه بعشرين وقد أخذ سبعين فيكمل عنده رأس ماله ووربحة تسعين ووجه قول ابن القاسم أن أصل المال وربحه على ملك صاحب المال فهو أحق به من العامل حتى يستوفي رأس ماله وربحه على ما أعطاه عليه ويد العامل ليست بيد تملك ولا مسلم إليها بحق بل إنما صار إليه المال بالتعدي وهو مقر بأصل المال وإن كان أتلف الأربعين منه ووربحة لصاحبه وهذا هو الظاهر من قول مالك في الأصل أن لصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال فيجعل صاحب المال مقدما بأخذ ماله بأصل عقد القراض وما شرطه فيه ثم يأخذ بعده العامل الثاني لأن ثم للترتيب والله أعلم ووجه قول الغير أن المال بيد العامل الثاني على وجه القراض فكان أحق بما يدعيه من ربحه كماله اختلاف العامل وصاحب المال في الربح فإن القول قول العامل والله أعلم (مسئلة) فإن أخذ المال العامل الثاني على غير الجزء الذي أخذته عليه العامل الأول وذلك مثل أن يأخذ الأول على النصف فيدفعه إلى الثاني على الثلثين في المدونة قال ابن القاسم هو ضامن عند مالك فإن ربح الثاني قرب المال أولى بثلثي الربح بجميع نصف الربح وللعامل الثاني النصف ثم يرجع على العامل الأول بالسدس الذي بقي له ويحیی على قول الغير أن العامل الثاني أولى بثلثي الربح ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول بتمام ما يجب له من الربح والله أعلم

(فصل) وقوله أن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح يريد أنه أولى به من العاملين على ما تقدم وقوله ثم يكون للذي عمل شرطه مما بقي من المال يريد أنه إنما يأخذ بعد استيفاء صاحب المال ما شرطه فيأخذ هذا ما شرط أيضا من باقي المال وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يكون في المال ربح من تجارته فيأخذ منه وهذا إنما يكون إذا قبض للثاني رأس المال كاملا فتكون من في قوله مما بقي زائدة والوجه الثاني أن يكون أخذه وفيه نماء وتجارة الأول فيأخذ الثاني ماله من الربح الذي ربحه من جملة الربح الذي له وللعامل الأول فتكون من في قوله مما بقي للتبعض وأما لو أخذ الثاني من الأول وقد نقص عن رأس المال لما كان فيما بقي ما تستوفي منه حصته من الربح ويرجع بما بقي من حصته على العامل الأول والله التوفيق ص قال مالك في رجل تعدى فتسلف مما يديه من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه قال مالك أن ربح فالربح على شرطهما في القراض وإن نقص فهو ضامن للنقصان قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع إليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه أن صاحب المال بالخيار أن شاء أشركه في السلعة على قراضها وإن شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى ش وهذا كما قال أن من أخذ مالا على وجه القراض فتعدى ما أمر به واستسلف لينفرد بربحه فإن ذلك لا يجوز أن يظهر عليه فبطل أن يبيع ما اشتراه به أو بعد ذلك فإن كان قبل أن يبيعه فإن الذي دفعه إليه بالخيار بين أن يردّه إلى

* قال مالك في رجل تعدى فتسلف مما يديه من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه * قال مالك أن ربح فالربح على شرطهما في القراض وإن نقص فهو ضامن للنقصان * قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع إليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه أن صاحب المال بالخيار أن شاء أشركه في السلعة على قراضها وإن شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى

القراض الذي عقده بينهما أو يسلمه اليه ويضمنه رأس المال وان علم بذلك بعد البيع فان كان ربح فهو بينهما على ما شرطاه من القراض وان كان فيه نقص ضمنه العامل للتعدي ووجه ذلك أن من أخسلا على وجه التهمة فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه الى ما ينفرد بمنفعته لان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه ولا وجه نظره فان فعل فهو متعدي يكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه الى ذلك الوجه الذي دفعه عليه وبين أن يمضي له تعديه ويضمنه المال وكذلك المبضع معه

(فصل) وقوله في الذي اشترى السلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء تركه وان شاء خلى بينه وبينها وهذا كما قال ان من دفع اليه مال على وجه القراض فتعدي ما أمر به فاستسلمه واشترى به سلعة ينفرد بها فان لصاحب المال أن يتركه في السلعة ومعنى ذلك أن يردّها الى مال القراض فيه يكون ربحها بينهما على حكم ما عقد عليه القراض وانما أطلق لفظ الشركة لان الغالب من صاحب المال أنه لا يرغب في السلعة الا اذا كان فيها ربح وبذلك يكون للعامل فيها شرك

(فصل) وقوله وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس ماله يريد أنه يلزمه اياها ويضمنه ثمنها وهورأس ماله فيها ويكون أخذ منه بأن يجعله مع مال القراض ويكون بأن ينزع منه مال القراض ان كانت السلعة جميع مال القراض لانه اذا أغرمه الثمن صار عيناً فكان له أخذ ماله منه ولو كان معظم مال القراض عروضا لم يكن له أخذ ذلك منه حتى يتم عمله فيه

✽ ما يجوز من النفقة في القراض ✽

ص ✽ قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا اشخص فيه العامل فان له أن يأكل منه ويكتسى بالمعروف من قدر المال ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذي يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضى الدين ونقل المتاع وشده وأشباه ذلك فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك وليس للقراض أن يستنفق من المال ولا يكتسى منه ما كان مقبياً في أهله انما يجوز له النفقة اذا اشخص في المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يجزى في المال في البلد الذي هو به مقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة ✽ ش وهذا كما قال ان من دفع الى رجل مالا على وجه القراض فلا يخلو أو يكون كثيرا أو قليلا فان كان كثيرا وكان يعمل به في الحضر فلا يخلو أن يكون في موضع استيطان العامل أو في غير موضع الاستيطان فان كان في موضع استيطانه فلا نفقة له فيه ولا كسوة ولا مؤنة لان مقامه ليس بسبب المال وانما هو لموضع استيطانه فكانت نفقته عليه وان كان في غير موضع استيطانه وانما يقيم به للعمل بالمال فان له فيه النفقة والكسوة والمؤنة لان المال شغله عن الرجوع الى وطنه فأوجب مقامه في غير بلده قاله ابن القاسم (مسألة) فان كان له أهل بذلك البلد وأهل بلد آخر مستوطنا للجهتين فلا نفقة له ما أقام بالمال في أحد البلدين لان مقامه بموضع استيطانه وذلك يمنع أن تكون نفقته في مال القراض وروى ابن البرقي عن أشهب في الذي له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر اليه وان له النفقة في ذهابه ورجوعه ولا نفقة له في مقامه في أحد الموضعين ووجه ذلك أن مسافر السفر ليست بموضع استيطان له فكانت له فيها النفقة (مسألة) وان كانت تجارته في السفر فلا يخلو أن يكون السفر من أسفار القرب كالحج والغزو أو من غير أسفار القرب فان كان من أسفار القرب فالذي عليه جمهور أصحابنا انه لا نفقة له في مال

✽ ما يجوز من النفقة

في القراض ✽

✽ قال يحيى قال مالك في

رجل دفع الى رجل مالا

قراضا انه اذا كان المال

كثيرا يحمل النفقة فاذا

اشخص فيه العامل فان له

أن يأكل منه ويكتسى

بالمعروف من قدر المال

ويستأجر من المال اذا

كان كثيرا لا يقوى عليه

بعض من يكفيه بعض

مؤنته ومن الأعمال أعمال

لا يعملها الذي يأخذ المال

وليس مثله يعملها من

ذلك تقاضى الدين ونقل

المتاع وشده وأشباه ذلك

فله أن يستأجر من المال

من يكفيه ذلك وليس

للقراض أن يستنفق من

المال ولا يكتسى منه

ما كان مقبياً في أهله انما

يجوز له النفقة اذا اشخص

في المال وكان المال يحمل

النفقة فان كان انما يجزى

في المال في البلد الذي هو

به يقيم فلا نفقة له من المال

ولا كسوة

القراض ذاهبا ولا راجعا وان كان مقصوده التجارة وقال ابن المواز له النفقة فيه ذاهبا وراجعا وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة فيجب أن يخلص لذلك وان كان القصد والغرض فيه لم يجز أن تكون نفقته في مال القراض لان السفر لسبب غيره فانه لا تجب النفقة فيه وان كان الخروج له كالسفر الى موضع الاستيطان ووجه ما قاله ابن المواز قوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم قال أهل التفسير معناه التجارة في الحج ومن جهة المعنى أن هذا سفر مقصده مال القراض الى موضع غير استيطان فكانت نفقته في كثيره كما لو أراد سفره الى القراض (مسئلة) فان لم يكن السفر من أسفار القربة الا أنه أراد حاجة من تجارة أو غيرها في بلد فلما تجهز أعطاه رجل مالا قراضا فأراد أن يسافر معه فهل له نفقة في مال القراض أولا روى ابن القاسم عن مالك له نفقته في مال القراض وروى ابن عبد الحكم لانه نفقة فيه واختاره ابن المواز وجه رواية ابن القاسم ان هذا مال حصلت تنميته بسفره عن راعن القربة والتوجه الى الوطن فكانت نفقة العامل فيه كما لو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن عبد الحكم ان سفره لم يكن بسبب هذا المال فلم تكن نفقة العامل فيه كما لو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فكيف تكون له النفقة ينظر فان كان أراد الخروج بمال للتجارة له أو غيره فان نفقته تنقض على المالكين جميعا وان أراد الخروج لحاجة نظر الى قدر نفقته في طريقه فان كانت مائة وكان مال القراض تسعمائة فان على مال القراض من نفقته تسعة أعشارها وعليه عشرها (مسئلة) وان سافر بمال القراض الى بلد هو به مستوطن فلان نفقته في الذهاب وله النفقة في الاياب ووجه ذلك ان غرضه في الذهاب الى أهله منعه النفقة من مال القراض ولا غرض له في رجوعه الاتمية المال فكانت نفقته فيه وليس كذلك السفر الى الغزو فان غرضه في الذهاب الغزو وغرضه في الرجوع الخروج من بلد الكفر فخرج ذلك النفقة وقد روى ابن البرقي عن أشهر فممن كان له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر ان له النفقة في ذهابه ورجوعه ولا نفقة له في مقامه في الموضعين والذي قاله مالك لانه نفقة في الذهاب ولا الاياب ووجه قول أشهر قد تقدم (مسئلة) ولا يخالو أن يكون السفر بعيدا أو قريبا فالسفر بالمال قريبا مثل دمياط في مثل من يخرج لشراء صوف أو صمغ الأمان يكون ممن يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة فان ذلك سفر وان قرب المكان فانه يأكل ويكتسى فروى عيسى عن ابن القاسم انه يأكل ولا يكتسى ورواه ابن حبيب عن مالك وقد يكتري منه مراكبا ووجه ذلك أن النفقات التي تحتص لقريب المدد يلزم هذا السفر لقربه كالاكل والركوب فان هذه المعاني يحتاج اليها في قريب السفر لقصر مدته لأنه لا يشتري كسوة ليوم ولا ليومين (مسئلة) وان كان السفر بعيدا فللعامل في مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته وكسوته وكراء مسكن ودخول حمام وحجامة وحلق رأس وغسل ثوب وغير ذلك من الامور المعتادة التي لا ينفك عنها الانسان رواه أشهر عن مالك في الحجامة والحمام وقال أبو حنيفة ليس له أن ينفق في حجامة وحمام والدليل على صحة ما نقله ان هذا مما لا ينفك عنه مسافر في حضر فكان ذلك من مال القراض أصلا ما يأكل ويكتسى به وأما الدواء فليس في مال القراض لأنه من الامور التي لا تستعمل على معتاد العادة وانما تستعمل على وجه الضرورة والحاجة التي ليست بمعتادة (مسئلة) ونفقته في ذلك على قدر حاله وحال المال لأن هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقلته فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق

عليه كنفقة الزوجات وأما الكسوة فان الذي يلزم مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله في مقامه وسفره وقال القاضي أبو محمدان الذي له من الكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يتحج إليها والاول أصح لأن ما قاله يبطل بالنفقة للذكر كل والشرب لأن هذا مما لا يدخله عليه السفر بالمال ومع ذلك فانه يجب له في المال (فرع) وكم مبلغ المال الكثير روى ابن المواز عن مالك في القراض والبضاعة خمسين ديناراً أو أربعين ان نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما في بعيد السفر وفي السفر القريب نفقته دون كسوته (مسألة) فان كان المال يسيراً لا يحفل مؤنة العامل فيه فقد قال مالك ليس للعامل فيه نفقة ولا كسوة في بعيد السفر ولا قريبه ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة ولا يقصد بسببه السفر (مسألة) فان شرط رب المال على العامل أن لا ينفق من المال الذي يحتمل النفقة في سفر بعيد ففي كتاب محمد عن مالك لا يجوز قال ابن القاسم فان وقع فهو أجبر ووجه ذلك أن صاحب المال اشترط زيادة لا ية تضيقها مطلق عفا القراض فوجب أن يفسد القراض كما لو اشترط في ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصاً

(فصل) وقوله ويستأجر من المال اذا كان كثيراً لا يثبوت عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته يريد اذا كان المار كثيراً اجاز له أن يستأجر منه من يعينه على حفظه والقيام به لأن هذا سنة هذا المال في القراض والله أعلم

(فصل) وقوله ومن الاعمال أعمار لا يعملها الذي يأخذ المار وليس مثله يعملها يريد ان بعض الاعمال لا يعملها المقارض من القصارة والصبغ والخياطة وانما جرت العادة أن يعملها الصانع ومنها ما لا يعملها مثل المقارض وان كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطي والنفل فمثل هذا يحكم فيه بالعتاد المعروف وقد يكون من العمال من له الحال والمعروف والتعاون فيحمل على عادته (فصل) وقوله وتقاضي الدين يريد حقه والمطالبة به وأما قبضه فهو مما يختص به العامل ويحتمل أن يريد به قبض الاجبر المأمون الدراهم اليسيرة فيأتيها بها وما اشبه ذلك والله أعلم ص قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضاً فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال ش وهذا كما قال اذا سافر العامل بمال القراض وبمال آخر وأنشأ السفر لهما فان نفقته ومؤنته مقسطة عليهما لأن سفره كان بسببهما وقد اختلف أصحابنا في مطلق عقد القراض هل يقتضي السفر بالمال فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك مباح للعامل بمطلق العقد وبه قال الشافعي وهي رواية عن أبي حنيفة وقال ابن حبيب ليس له ذلك الا باذن رب المال وقد روى ذلك عن أبي حنيفة ووجه القول الاول أن اسم العقد مأخوذ منه لأن المضاربة مأخوذة من الضرب في الارض قال الله تعالى وآخر من يضربون في الارض ينتعون من فضل الله فاذا كان معنى المضاربة السفر فبحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التفتية أصل ذلك سائر أنواع التجارة ووجه القول الثاني ان هذا مأذون له في الشراء بعقد جائز فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول فهل يختص ذلك بقدر من المال المشهور من مذهب مالك أن ذلك سواء في قليل المال وكثيره وقال سحنون أما المال اليسير فليس له أن يسافر به سفر بعيد الا باذن ربه ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل الاتفاق منه في السفر فلم يقتض سفره ينفق العامل فيه من مال القراض والله أعلم

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضاً فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال

﴿ مالا يجوز من النفقة في القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك في رجل معه مال قراض فهو يستنفق منه ويكتسى انه لا يهب منه شيئاً ولا يعطى منه سائلاً ولا غيره ولا يكافى فيه أحداً (١٧٤) فأما ان اجتمع هو وقوم فجاءوا بطعام وجاء هو بطعام

﴿ مالا يجوز من النفقة في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في رجل معه مال قراض فهو يستنفق منه ويكتسى انه لا يهب منه شيئاً ولا يعطى منه سائلاً ولا غيره ولا يكافى فيه أحداً فأما ان اجتمع هو وقوم فجاءوا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعاً اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أو ما يشبهه بغير إذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حله ذلك فلا بأس به وان أبى أن يحله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيئاً له مكافأة ﴾ ش وهذا كما قال ان من كانت نفقته وكسوته في مال القراض فليس له أن يتعدى ذلك الى الهبة منه والتفضل على الناس وأما قوله ولا يعطى منه سائلاً ولا غيره فيجتمه أن يريد بذلك انه لا يعطى منه من سأل الدراهم والثلثاب وأما أن يعطى منه الكسوة والقطعة للسائل الراضى بالدون المتكفف للناس فلا بأس بذلك

(فصل) وقوله فأما ان اجتمع هو وقوم فجاءوا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعاً اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم يريد أن يفعل هو وأصحابه ورفقاؤه وما جرت به عادة الرفقاء أن يتخرجوه في النفقات فيخرج كل انسان منهم بقدر ما يتعاون فيه ثم ينفقون منه في طعامهم وغير ذلك مما تشتمل الحاجة اليه فان ذلك جائز وان كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقائه لان ذلك مما تدعو الحاجة اليه في السفر لان انفراد كل انسان منهم بتولى طعامه يشق عليه ويشغله عما هو بسببه من أمر سفره فاذا توافق جماعة تولى كل انسان منهم من العمل لنفسه ولأصحابه ما يرتفق به الجماعة وعلى ذلك كان الصعابة وعمل المسلمين الى هلم جرا لا يعد ذلك تفضلاً من بعضهم على بعض وكذلك ان ما يرتفق به الجماعة جاء كل واحد منهم بطعام فأكلوا جميعاً في سفرهم وان كان بعض ذلك أكثر من بعض ولا يعد ذلك تفضلاً من العامل اذا كان من الأمر المعروف وإنما يكون تفضلاً اذا أتى بأمر يستنكر من ذلك ويخرج عن العادة فهذا لا يجوز للعامل فعله لانه ليس فيه تنمية لمال التجارة فان فعل شيئاً من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال ما بأن يجعله في حل ويمضى فعله وما بأن يحسب بقدر التفضل على نفسه

﴿ الدين في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع الى رجل مالا قراضاً فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح في المال ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقبضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكفوا أن يقبضوه ولا شيء عليهم ولا شيء لهم اذا أساموه الى رب المال فان اقتضوه فلم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك فان لم يأتوا بأمن ثقة فيقتضى ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم ﴾ ش وهذا كما قال ان العامل اذا توفي بعد أن يشغل مال القراض فان حق عمله فيه يكون لورثته فليس لرب المال أن ينزعه من ورثته بعد

فأرجو أن يكون ذلك واسعاً اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أو ما يشبهه بغير إذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حله ذلك فلا بأس به وان أبى أن يحله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيئاً له مكافأة

﴿ الدين في القراض ﴾

* قال يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع الى رجل مالا قراضاً فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح في المال ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقبضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكفوا أن يقبضوه ولا شيء عليهم ولا شيء لهم اذا أساموه الى رب المال فان اقتضوه فلم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك

لهم أن يأتوا بأمن ثقة فيقتضى ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم

ذلك لان ذلك حق لهم في المال انتقل اليهم عن موروثهم (مسئلة) وشغل المال أن يشتري بجميعه أو بالأكثر منه فليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته أن أرادوا العمل فيه الا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لموروثهم لانهم قد حلوا محله (مسئلة) فأما إذا اشترى به زاده وكسوته أو أكثرى راحلة ليسافر ثم توفي قبل أن يسافر فإن رب المال أن يأخذ ماله ويأخذ ما ابتاع من نفقة وكسوة ولا رجوع له في مال الميت أن دخل ذلك نقص عما ابتاعه به وليس للورثة أن يقولوا لا بد أن نعمل فيه لان موروثهم لو كان حيا لم يكن له ذلك لان حقه لم يتعلق بعده (مسئلة) وأما أن سافر به ولم يبتع به شيئا فروى ابن المواز لرب المال أن مات وقد سافر العامل بالمال فليس للورث أن تزاعه منه وإن التزم نفقته وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية أن العامل إذا اشخص بالمال ثم أخذه منه صاحب المال أن نفقته في الرجوع على رب المال فعلى رواية محمد بن السفر عمل في مال القراض وعلى رواية أبي زيد ليس ذلك بعمل وجه القول الأول أن التجارة عمل مقصود وتصرف معتاد للتجارة فممنع أخذ مال القراض كالشراء والبيع وجه القول الثاني أن المال باق على حاله لم يتغير فكان لرب المال أخذه أصله إذا لم يسافر

(فصل) وقوله فإذا اشترى سلعا فباعها بربح يريد أن صاحب المال أذن له في البيع بالدين لان صاحب المال يجوز له أن يأذن في أن يبيع بالدين والعرض ولا يجوز أن يأذن له أن يبتاع بدين عليه ووجه ذلك أنه إذا باع بدين لم يخرج تجارته عن مال القراض وإذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة زداده على العامل (مسئلة) وليس للعامل أن يبيع بنسيئة الا بأذن رب المال خلافا لأبي حنيفة في قوله ذلك بمطلق العقد ودليلنا على صحة ما نقوله أن هذا عقد يقتضى الأمر بالبيع والشراء فلم يقتض مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء (مسئلة) فان شرط البيع بالنسيئة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط على العامل وذلك غير جائز لانها زيادة عمل على العامل اشترطه رب المال والثاني أن يأذن له فيه فان ذلك جائز فان باع به ثم فسخا القراض كان على العامل قبض الديون كان في المال ربح أو خسارة وبه قال الشافعي قال أبو حنيفة أن كان في المال ربح لم يضمنه قبض الديون فان لم يكن في المال ربح لم يضمنه ذلك والدليل على ما نقوله أن هذا دين من مال القراض فلزم العامل قبضه أصله إذا كان في المال ربح

(فصل) وقوله ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال يريد بذلك العامل قبل أن يقبض ما باع بالدين فان لورثته أن يقبضوا ذلك المال ولهم فيه شرط أيهم يريد من قدر الربح وغير ذلك من النفقة والكسوة وأن وجب ذلك

(فصل) وقوله إذا كانوا أمناء على ذلك وصفاة العامل الذي يرفع المال من الورثة أو من غيرهم أن يكون ما مونا على مثله عالم بالعمل فيه والحفظ له لان ذلك كله من الصفات المعتمدة في العامل لانه ان كان ما مونا ولم يكن بصيرا بالعمل والتجارة خسر في المال ولم ينتفع بأمانته (مسئلة) فان لم يكونوا أمناء ولم يتأوا بأمين وأراد وترك العمل لم يكن لهم من ربحه شيء ولا كان عليهم من خسارته قليل ولا كثير ولا كلفوا قبضه ولا صرفه عينا والفرق بينهم وبين العامل إذا شغل المال بسلع ليس له ترك المال حتى يصير عينا ان العامل قد التزم ذلك وهو لا يلتزموا انما لم يترك موروثهم من حق وليس عليهم ما ترك من عمل ودين العامل ما عليه من الحقوق كماله استيفاء ماله منها والله أعلم

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يبع فيه فباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه البضاعة في القراض * قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا واستسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب (١٧٦) المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشتري له بها سلعة * قال مالك

ص * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يبع فيه فباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه * ش وهذا كما قال لأنه اذا شرط عليه الا يبيع بالدين وباع به انه ضامن ان كانت فيه خسارة لأنه متعدد وكذلك لو اشترط عليه أن لا يبيع بالدين ولم يأذن له فيه وان كان فيه ربح فهو بينهما على شرطهما لان تعديده في بيعه بالدين لا يسقط حقه من الربح والله أعلم

* البضاعة في القراض *

ص * قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا أو استسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشتري له بها سلعة * قال مالك ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لا خاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو جعل له بضاعة وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردده عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطاً في أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله في يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لان يمسك العامل ماله ولا يردده عليه فار ذلك لا يجوز في القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم * ش وهذا كما قال ان من أبضع أحد همامع صاحبه أو استسلف منه بشرط كان في أصل القراض فان ذلك غير جائز لان ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح فلم يصح ذلك فان فعل ذلك من غير شرط ولكنه فعله بعد عقد القراض فلا يخلو أو يكون ذلك بعد العمل في المال أو قبله فان كان بعد العمل وكان ذلك لا خاء بينهما ومودة فهو جائز وان كان لابقاء القراض واستدامته فهو من باب الهدنة لابقاء القراض وذلك ممنوع وان كان قبل العمل فروى عيسى عن ابن التماس في العتبية في العامل يسافر بمال القراض فيقول لصاحبه لا أنفق من مالك انه ان كان المال عينا بعد فلا يجوز وان كان بعد الشراء أو الشخصوص به فهو جائز لان المال اذا كان عينا بعد ففيه تهمة

* السلف في القراض *

ص * قال يحيى قال مالك في رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذي تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره أنه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يجب أن يؤخره عنه على أن يزبده فيه مانقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح * ش

ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لا خاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو جعل له بضاعة وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردده عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطاً في أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله في يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لان يمسك العامل ماله ولا يردده عليه فار ذلك لا يجوز في القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم

* السلف في القراض *
* قال يحيى قال مالك في رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذي تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره أنه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يجب أن يؤخره عنه على أن يزبده فيه مانقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح * ش

يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره أنه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يجب أن يؤخره عنه على أن يزبده فيه مانقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح

أما الفصل الأول فقد مضى الكلام فيه وأما الفصل الثاني فهو على ما قال انه اذا عمل العامل بالمال مدة ثم أخبر رب المال بمبلغه وسأله أن يقره عنده فان ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضاً ناجزاً ثم ان شاء أن يرده اليه فراضاً فعل لما قدمه من تجويز أن يكون قد دخله نقص فيؤخره عنه ليضمن له النقص فيه فيدخله السلف للزيادة ويدخله أيضاً فسخ دين في دين لان للقراض بعض التعلق بذمته لانه لو ادعى الخسارة فيه ولم يبين وجهها فقد قال بعض أصحابنا انه يضمن ولو ادعى تبرئة لم يضمن واذا أسلفه اياه فقد تعلق بذمته على غير الوجه الذي كان متعلقاً به فهو من باب فسخ الدين في الدين (مسئلة) وأما ان أحضر العامل المال فسأل صاحبه أن يخله عنده فراضاً في كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز ذلك حتى يقبضه منه ثم يسلفه ان شاء ويجبى على قول ابن حبيب ان حضور المال بمنزلة قبضه أن ذلك جائز

المحاسبة في المراض

﴿ المحاسبة في القراض ﴾
 * قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضاً فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح أو يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغي له أن يأخذ منه شيئاً إلا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيئاً فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسمه * قال مالك لا يجوز للتقارضين أن يتحاسباً ويتفاصلاً والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما

ص * قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضاً فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغي له أن يأخذ منه شيئاً إلا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيئاً فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسمه * قال مالك لا يجوز للتقارضين أن يتحاسباً ويتفاصلاً والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما

ش وهذا كما قال انه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح إلا بحضرة رب المال وحضرة المال لان أخذه حصته منه مناسفة فيه ولا يجوز أن يتقاسم الربح القراض الابدان يحصل رأس المال (مسئلة) ولو حضر المال وصاحبه فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح ويبقى الباقي عنده على وجه القراض أو تقاسم الربح ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض ولم يقبضه منه فقد قال ابن القاسم لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه ووجه ذلك ان بقاء المال بيد العامل لا يكون الا على الوجه الذي قبضه عليه ولا يخبر به عن ذلك الا قبضه منه لان وجه الصحة في القراض أن يجبر رأس المال بربحه ولو أمضينا ما اتفق عليه ما قسمه من الربح على أن يجبر به رأس مال القراض ان دخله نقص وذلك غير جائز كما لو شرطاه (فرع) ولو عمل ذلك فن قبض منهم شيئاً من الربح ثم نقص رأس المال فانه يرد ما قبض لجبر رأس المال ووجه ذلك رد الربح على ما بينا عليه عقد القراض الصحيح حين عقده (مسئلة) ولو أخذ رب المال رأس ماله وبقي الباقي بيد العامل على القراض فروى أبو زيد عن ابن القاسم ان ذلك غير جائز وهي الآن شركة لا تصالح الا أن يعمل فيها جميعاً ووجه ذلك انه اذا أخذ رأس ماله فقد بقي الباقي ملكاً لها لانه ليس عمله عن رأس مال فهما شركيان ومقتضى الشركة عمل الشريكين (مسئلة) وصفة القسمة أن يحضر المال فيأخذ صاحب المال من العين مثل ما دفع أو يأخذ به سلعة ان اتفقا على ذلك ثم يقتسمان الباقي عينا أو سلعة ان اتفقا على ذلك حكاه ابن حبيب عن مالك زاذان مزين لاربع لواحد منهما حتى يحضر المال حضور رحمة ويأخذ صاحبه أخذ مفاصلة وقطع لما بينهما ثم ان بدله أن يرده اليه قراضاً فهو الذي يفصل بين القراض الثاني والاول فاما أن يحضر ويقبضه صاحبه قبضاً على غير رحمة ومفاصلة بانقطاع ثم يرده اليه في المجلس وفي الفور قراضاً فهذا بمنزلة ما لم يحضر ولم يقبض وهو قراض واحد يجبر الآخر بالاول ان جاء فيه وضعية ووجه ذلك انهما ان تشاعا أو شح أحدهما لم يأخذ صاحبه المال الا مثل ما أعطى وعلى تلك الصفة يلزم العامل ان

قال مالك في رجل أخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماؤه فأدركوه ببلد غائباً عن

(١٧٨)

يرد جميع المال فيتماسخا جميع الرجوع بعد اقتضاء رأس المال فان اتفقا على أن يأخذ رأس ماله سلعة يجوز سلم رأس المال فيها جزوا وكذلك ان اتفقا على قسمة الرجوع عروضا على وجه سائق فانه يجوز لها ذلك (مسئلة) فان كان المال ديونا بذرة المال أو عروضا فسلم ذلك المال الى رب المال برضاه بذلك فهو جائز قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية وكتاب محمد وأنكر ذلك سحنون في العتبية (مسئلة) ولو صير العامل المال عروضا ثم اتفقا على المماسعة فقال العامل انا أخذ العروضا ولك على رأس مالك أو لك رأس مالك وحصتك من الرجوع كذا ص ع قال مالك في رجل أخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماؤه فأدركوه ببلد غائباً عن صاحب المال وفي يده عرض مبيع بين فضله فارادوا أن يبيع لهم العرض فبأخذوا حصته من الرجوع قال لا يؤخذ من رجوع القراض شيء حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقسمان الرجوع على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فبهر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الرجوع فأخذ حصته وطرح حصة صاحب المال في المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الرجوع الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيئا رده حتى يستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقسمان سابق بينهما على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الرجوع وقد أخذت لنفسى مثله ورأس مالك وافر عندي * قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المالك كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم انه وافر ويصل اليه ثم يقسمان الرجوع بينهما ثم يرد اليه المالك ان شاء أو يحبس وانما يجب حضور المالك مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره في يده * ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقاسم الرجوع الا بعد در رأس المال وقبض صاحبه له لا نفاقدينا ان العامل لا يملك حصته من الرجوع الا بعد القسمة والرجوع تباع في القسمة لرأس المال لا تصح قسمة الا بعد ذلك لان

صاحب المال وفي يده عرض مبيع بين فضله فارادوا أن يبيع لهم العرض فبأخذوا حصته من الرجوع قال لا يؤخذ من رجوع القراض شيء حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقسمان الرجوع على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فبهر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الرجوع فأخذ حصته وطرح حصة صاحب المال في المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الرجوع الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيئا رده حتى يستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقسمان سابق بينهما على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الرجوع وقد أخذت لنفسى مثله ورأس مالك وافر عندي * قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المالك كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم انه وافر ويصل اليه ثم يقسمان الرجوع بينهما ثم يرد اليه المالك ان شاء أو يحبس وانما يجب حضور المالك مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره في يده

المالك مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره في يده

﴿ جامع ما جاء في القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا فراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذي أخذ المال لأرى وجهه يبيع فاختلفا في ذلك قال لا ينظر في قول (١٧٩) واحد منهما ويستل عن ذلك أهل المعرفة

والبصير بتلك السلعة فان رأوا وجهه يبيع يبعث عليهما وان رأوا وجهه انتظارا انتظرا بها * قال

مالك في رجل أخذ من رجل مالا فراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندى وافر فلما أخذه به قال قد هلك

عندى منه كذا وكذا المال يسميه وانما قلت لك ذلك لستى تتركه عندى قال لا

ينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده ويأخذ باقراره على نفسه الا أن يأتي في هلاك ذلك المال بأمر

يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت في المال كذا

وكذا فسأله رب المار أن يدفع اليه ماله وربحه فقال ما ربحت فيه شيئا وما قلت ذلك الا لان تعرفه في يدي فذلك لا ينفعه

ويؤخذ بما أقر به الآن يأتي بأمر يعرف به قوله وصده فلا يلزمه ذلك * قال مالك في رجل دفع

إلى رجل مالا فراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على أن لي الثلثين

مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح ولو عقدا القراض على خلاف ذلك لم يصح وهذا الحكم ثابت فيه حتى يرد إلى صاحبه ويصير بيده كسائر أحكامه من كونه أمانة بيده وغير ذلك

﴿ جامع ما جاء في القراض ﴾

ص * قال يحيى قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا فراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذي أخذ المال لأرى وجهه يبيع فاختلفا في ذلك قال لا ينظر في قول واحد منهما ويستل عن ذلك أهل المعرفة والبصير بتلك السلعة فان رأوا وجهه يبيع يبعث عليهما وان رأوا وجهه انتظارا انتظرا بها * ش وهذا كما قال انه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء لان ذلك

ابطال لعمله واتلاف لما يبق له من حصته من الربح والقراض قبل زعمهما على وجهه ماد خلا فيه بالشراء والعمل فليس لواحد منهما الانفساك الاعلى وجه المعهود من التجارة وطلب التمنية وكذلك لو كان مال القراض دينادان به العامل باذن رب المال ثم أراد أحدهما يبيع ذلك وتجيل ماله وأباه الآخر

كان القول قول الآتي منه، لانه دعا إلى المعهود من القراض والتجارة ص * قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا فراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندى وافر فلما أخذه به قال قد هلك عندى منه كذا وكذا المال يسميه وانما قلت لك ذلك لستى تتركه عندى قال لا ينتفع

بانكاره بعد اقراره انه عنده ويؤخذ باقراره على نفسه الآن يأتي في هلاك ذلك المال بأمر يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت في المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع اليه ماله وربحه فقال ما ربحت فيه شيئا وما ذلت ذلك الا لأن

تقره في يدي فذلك لا ينفعه ويؤخذ بما أقر به الآن يأتي بأمر يعرف به قوله وصده فلا يلزمه ذلك * ش وهذا كما قال انه يؤخذ باقراره ان المال باق عنده وانه قدر ربح فيه فان ادعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال أو أنه لم يربح شيئا لم يقبل مجرد انكاره وأخذ بأول اقراره فان أتى بأمر يعرف به وجه ما ادعاه وقامت له بذلك بينة يريدها ادعاه من الخسارة أو ضياع المال (مسئلة) ولو أنكر القراض

جمله فلما قامت عليه بينة ادعى رده إلى صاحبه فقال عيسى عن ابن القاسم في العتية ان لم يأت بينة على الرد والاعتراف وليس من ادعى الضياع مثل من ادعى القضاء وفي سماع ابن القاسم ليس له الايمنة ويرأ (مسئلة) ومن ادعى الضياع بعد انكار القبض فقد روى عيسى لاشئ عليه وقال عيسى يصدق ويعترف وبلغنى ذلك عن مالك ص * قال مالك في رجل دفع إلى رجل مالا فراضا

فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على أن لي الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه في ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحو ما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ورد إلى قراض مثله * ش وهذا كما قال انه ان ادعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلثين فان ذلك على أربعة أوجه أحدها أن يكون ما يدعيه العامل قراض مثله دون صاحب المال والثاني أن يدعى كل واحد منهما ما يشبه والثالث أن يدعى العامل ما لا يشبه قراض مثله

وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه في ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحو ما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ورد إلى قراض مثله

ويكون دعوى صاحب المال يشبه والرابع أن يدعى كل واحد منهما ما لا يشبهه فان ادعى العامل ما يشبهه وادعى صاحب المال ما لا يشبهه أو ادعى جميعا ما يشبهه فان القول قول العامل مع يمينه لان المال في يده فكان أولى بما يدعيه من ربحه (مسئلة) فان ادعى صاحب المال ما يشبهه دون العامل فالقول قول صاحب المال لان الظاهر شهده وان ادعى كل واحد منهما ما لا يشبهه رد الى قراض المثل بعداً بآثارهما وهذا معنى قول مالك فان جاء بأمر يستنكر لم يصدق ورد الى قراض المثل (مسئلة) فان قال ان الرجب على الثلث والثلثين ولم يسمي المثلين حين العقد ثم ادعى كل واحد منهما عند القسمة أن يكون له الثلثان فلا يخلو أو يكون قراض مثل ما يشبهه ما يدعيه العامل أو ما يدعيان جميعا فالقول قول العامل مع يمينه ان ادعى انه نوى ذلك على ما ذكره بعض المتأخرين من المغاربة وقال ابن المواز جعل الثلث للعامل منهما وجه القول الأول ما ذمناه ان العامل له اليد على ما تقدم ووجه القول الثاني ان المال وربحه على ملك رب المال وانما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة مع ما تقدم من رضى رب المال بذلك واذا لم يوجد رضاه الا بالثلث فالباقي ثابت على ملكه (مسئلة) فان كان ما يدعيه رب المال يشبه قراض المثل دون ما يدعيه العامل فعلى القول الأول يكون القول قوله مع يمينه ان ادعى البينة وعلى القول الثاني يكون له الثلثان دون يمين وان ادعى كل واحد منهما ما لا يشبهه فعلى القول الأول يخلو وان ورد ان الى قراض المثل وعلى القول الثاني يردان اليه دون يمين * قال القاضي أبو الوليد والنية عندى غير مؤثرة في هذه المسئلة لان العامل اذا نوى أن يكون له الثلثان ولم يشترط ذلك ولم يبينه لم يكن له ذلك بنبته وكذلك رب المال وكان الأظهر عندى في هذه المسئلة أن يرد الى الوجه كلها الى قراض المثل بمنزلة أن يعقد القراض ولا يذكر ا حصة أحدهما من الربح لانهما اذا لم يشترطا الثلثين لمعين فقد عاد ذلك بجهالة من يستحقه وأدى ذلك الى أن يكون حصة كل واحد منهما من الربح مجهولة ولا معنى لاستحلاف أحدهما لان الثاني لا ينكر ما يدعيه ولا يستحق بما يدعيه من النية شيئاً فلا معنى لاستحلافه على تحقيقها ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك لم ينفعه ص * قال مالك في رجل أعطى رجلاً مائة دينار قراضاً فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرق فقال رب المال ببع الساعة فان كان فيها فضل كان لى وان كان فيها نقص كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بملك الذى أعطيتنى * قال مالك يلزم العامل المشتري أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضاً على ما كانت عليه المائة الاولى وان شئت فأبرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضاً على سنة القراض الاول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها * ش ومعنى ذلك أن العامل اذا أخذ المال قراضاً فاشترى به سلعة فلا يخلو أن يشتريها بدين أو بنقد فان اشتراها بدين للقراض فان ذلك ممنوع أذن له في ذلك رب المال أو لم يأذن فان فعل ذلك العامل ثم نقد فيها مال القراض ففي كتاب محمد عن ابن القاسم تقوم السلعة التى اشترى بدين بنقد فيكون العامل بذلك شريكاً في المال قال محمد لعله يريد في سلعة واحدة اشتراها بدين ونقد فيها مال القراض واذا كان ما قاله محمد فبقى المسئلة التى يسئل عنها غير مجابوب عنها وذلك أن من اشترى سلعة بدين بمائة قيمتها مائتان فنقد فيها حين الاجل مائة من مال القراض فأما على الرواية التى رواها ابن القاسم وعبد الرحمن عن مالك ان العامل يضمن ما فضل من المائة دينار عن قيمة السلعة والسلعة على القراض وعلى رواية ابن

* قال مالك في رجل أعطى رجلاً مائة دينار قراضاً فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرق فقال رب المال ببع الساعة فان كان فيها فضل كان لى وان كان فيها نقص كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بملك الذى أعطيتنى * قال مالك يلزم العامل المشتري أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضاً على ما كانت عليه المائة الاولى وان شئت فأبرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضاً على سنة القراض الاول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها

القاسم وأشهب عن مالك يقوم الدين فينظر إلى قيمة المائة دينار المؤجلة فافضل عن المائة دينار النقد عن قيمة المائة المؤجلة فعلى العامل (فرع) ولو باعها العامل قبل أن ينقد فيها فرج فالتظاهر من قول ابن النسيم ان الربح والوضيعة على العامل قال وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل في ذمته ومعنى ذلك ان هذه السلعة لم يتعلق ثمنها بذمة رب المال ولا بماله فلم يكن له ربحها ولما اختصت بذمة العامل وضمانه كان له ربحها (مسألة) وأما ان كان اشترى بنقد فلم ينقد حتى تلف المال الذي بيده فينقد الذي قال انه اذا قال له رب المال ببيع السلعة فان كان فيها فضل فهو له وان كان نقصان كان عليك لانك ضيعت المال فلا حاجة لرب المال في قوله ببيع وان كان فيها ربح ففي لان العامل أن يقول اذا تعلق ثمن السلعة بذمتي دون مالك فلا حظ لك من الربح ولا حاجة للعامل في قوله انما اشتريتها بمالك الذي أعطيتني فان لرب المال أن يقول صدقت فلا تطلب مني غيره فاني لم آذن لك بتجرفي شيء من مالي غير ما دفعته اليك فلا يجوز تصرفك في غيره واذا طلبتني بغير ما نقص فقد حولت تصرفك من مالي في غير مال القراض

(فصل) وقول مالك ويلزم العامل المشتري اداء ثمنها على البائع يحتمل معنيين أحدهما ان العهدة للبائع عليه فليس له أن يطالب بسواه وليس للعامل مخرج عن ماله عليه الا بالاداء والثاني انه لا خيار له وانما الخيار لرب المال وقد فسر بعد ذلك بقوله ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة يريد ثمن السلعة التي اشترى العامل بدین فتكون السلعة على ما شرطت من القراض وان شئت فابراً من السلعة يريد ان لا حظ لك في ربحها ولا شيء عليك من نقص ثمنها (مسألة) ولو باع العامل السلعة قبل أن ينقد ثمنها وقبل أن يتلف فرج فيها فقد قال ابن القاسم الربح بينهما على ما شرطاه من القراض لانه للقراض اشترى ووجه ذلك ما أشار اليه من أنه انما يشترى للقراض وعلى أن ينقد منه والمال الذي عول على النقد منه باق حين البيع وظهور الربح فكان البيع للقراض والربح على شرطه ص * قال مالك في المتقارضين اذا تفاصلا فبقى بيد العامل من المبتاع الذي يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شيء من ذلك كان تفاها يسيرا لا يخطب له فهو للعامل ولم أسمع أحداً أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشيء الذي له ثمن وان كان شيئاً له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونه أو اشباه ذلك مما له ثمن فاني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا الآن يتحلل صاحبه من ذلك * ش وهذا كما قال ان العامل اذا رد المال وكان قد سافر سفراً اكتسى فيه وتجهز من مال القراض فان ما بقي من جهازه وكسوته مما لا يملكه للعامل وقال ابن القاسم في العتبية تخلق الجبة والقربة قال محمد وكذلك الفرارة والاداة قال سحنون وما كان من الثياب تفاها خلقاً تركت له وان كان للثياب بالبيع وردد ثمنها في المال ومعنى ذلك ان مثل هذه المعاني تترك لمن كان له الانتفاع بها كالرجل يطلق المرأة وعليها بقيمة كسوة أو تكون طالقاً حاملاً فتضع وعليها بقيمة كسوة فاذا كان الشيء الذي له بالرد الى مستحقه واذا كان يسيراً لا قدر له كان يبعال من تعلق به من حقه ألا ترى أن العامل لو عمل في المال عملاً يسيراً لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف لم يكن له فيه عوض ولو عمل فيه الصنائع والرقوم لكان له أجر عمله

(فصل) وقوله ما كان له ثمن فاني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا الآن يتحلل صاحبه من ذلك يريد أن يعلمه ما بقي عنده ويعلمه بصفته وقدره فان جعله رب المال في حل منه ساغ له ذلك والارد اليه منه حقه والله أعلم

* قال مالك في المتقارضين اذا تفاصلا فبقى بيد العامل من المبتاع الذي يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شيء من ذلك كان تفاها يسيراً لا يخطب له فهو للعامل ولم أسمع أحداً أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشيء الذي له ثمن وان كان شيئاً له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونه أو اشباه ذلك مما له ثمن فاني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا الآن يتحلل صاحبه من ذلك

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 ﴿ كتاب الاقضية ﴾
 ﴿ الترغيب في القضاء بالحق ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي فليحل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه فن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً فإنا أقطع له قطعة من النار ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم إنما أنا بشر على معنى الاقرار على نفسه بصفة البشر من أنه لا يعلم الغيب ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل والاخبار بان حاله في ذلك حال غيره لأنه لا يعلم من الغيب إلا ما طلع عليه بالوحي ولما كانت الدنيا دار تكليف وكانت الاجكام تجري على ذلك أجرى في غالب أحكامه في هذا الوجه على أحوال سائر الحكم ولذلك لم يقل في مسئلة المتلاعنين أنه أعلم بالكاذب منهم أوقا يعلم الله أن أحداً كاذب فهل منك من نائب

(فصل) وقوله إنكم تختصمون إلي يريد والله أعلم تنازعون في الاموال وغيرها تنازعاً عادي كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه فيخاصمه في ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وهو صلى الله عليه وسلم الحاكم في زمنه لأنه امام الامة والمنفرد برئاسة الدينية والدينية فلا يصح أن يحكم بين الناس الا هو أو من قدمه لذلك والاصل في ذلك قوله تعالى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويساءوا تسلياً وقوله وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أعواءهم وقوله اننا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ﴿ وفي هذا بيان ﴾ أحدهما في صفة القاضي ﴿ والثاني في مجلسه وأدبه

(الباب الاول في صفة القاضي)

فأما صفاته في نفسه فاحداً أن يكون ذكراً بالغاً والثانية أن يكون واحداً مفرداً والثالثة أن يكون بصيراً والرابعة أن يكون مسامحاً والخامسة أن يكون حراً والسادسة أن يكون عالماً والسابعة أن يكون عدلاً فأما اعتبار الذكورة فحكى القاضي أبو محمد وغيره أنه مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجوز أن تلي المرأة القضاء في الأموال دون القصاص وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير الطبري يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال ودليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة ودليلنا من جهة المعنى أنه أمر يتضمن فصل القضاء فوجب أن تنافيه الانوثة كالامامة ﴿ قال القاضي أبو الوليد ويكنى في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النبي صلى الله عليه وسلم لأنهم لم ينعلموا أنه قدم لذلك في عصر من الاعصار ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للامامة امرأة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما كونه واحداً مفرداً فعنه أن لا يولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر في قضية ولا قبول بينة ولا انفراداً بانفاذ حكم قال الشيخ أبو اسحق في زاهيه والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعاً كما في قضية واحدة وأما أن يستقضى في البلد الحكم والقضاء ينفرد كل واحد منهم بالنظر في ما رفع اليه من ذلك فجائز والدليل على ذلك أن هذا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 (كتاب الاقضية)
 ﴿ الترغيب في
 القضاء بالحق ﴾

﴿ حدثنا يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي فليحل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه فن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً فإنا أقطع له قطعة من النار

اجماع الامة لأنه لم يختلف في ذلك أحد من زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين في زمن من الأزمان ولا بلد من البلدان وقد قام في البلد الواحد عدد من الأحكام فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذي يرفع اليه لا يشركه فيه غيره ودليل آخر وهو ان المذاهب مختلفة والاعراض متباينة ولا يصح أن يتفق رجلان في كل شيء حتى لا يرى أحدهما خلافاً لما يراه الآخر وإذا أشرك بين الحاكمين دعا ذلك الى اختلافهما في المسائل ويوقف نفوذهما كالامامة ولا يلزم على هذا الحكم بين الزوجين والحكماء في جزاء الصيد لأنهما يحكمان في قضية واحدة وليس بولاية وان اتفقا نفذ حكمهما وان اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما فلم يكن في ذلك مضرة وهذا ينافي الولاية لأن من ولي القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة فيؤدي ذلك الى توقف الاحكام وامتناع نفوذها (مسئلة) وأما أن يكون بصيراً فلا خلاف نعلم بين المسلمين في المنع من كون الاعمى حاكماً وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وقد بلغني ذلك عن مالك والدليل على صحة هذا القول ان في تقديمه للقضاء تضيقاً على المسلمين في طرق القضاء وانفاذاً لاحكام والحاكم مضطراً الى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلباً من مطالب الحق والاعمى وان كان يميز الاصوات فلا يميز الا صوت من تكرر عليه صوته وليس كل من يشهد عنده بشهادة ممن يتكرر عليه فقد يشهد عنده بها من لم يسمع كلامه قبل هذا ويزكى عنده في غير ذلك المجلس فلا يعلم هل هذا المركب عنده هو الذي زكى بالامس أو غيره وقد يعرج عنده بعد التزكية فلا يدري هل هو ذلك الاول أو غيره وقد يفتكر عليه مرة ثانية من الغد في شهادة أخرى وقد غاب معدلوه فلا يدري هل هو ذلك الاول وقد اختلف العلماء في تولية القضاء الايم وهو يبصر ويميز فكيف بالاعمى وأكثر العلماء لا يميز شهادته (مسئلة) وأما اعتبار اسلامه فلا خلاف بين المسلمين في ذلك وأما اعتبار حرية فقد قال القاضي أبو محمد لا خلاف فيه بين المسلمين ووجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيده فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين ولأنه ناقص الحرمة نقصاً يؤثر في الامامة كالمراة (مسئلة) وأما اعتبار كونه عالماً فلا خلاف في ذلك مع وجود العالم العدل والذي يحتاج اليه من العلم أن يكون من أهل الاجتهاد وقد بينا صفة المجتهد في أصول الفقه وقد روى ابن القاسم عن مالك في المجموعة لا يستقضى من ليس بفقير وقال أشهب في المجموعة ومطرف وابن الماجشون وأصبغ في الواححة لا يصلح أن يكون صاحب حديث لافقه له أو فقه لا حديث عنده ولا يفتي الا من كانت هذه صفته الا أن يخبر بشيء سمعه ومعنى ذلك أن يكون قد جمع صفات المجتهدين والأصل في ذلك قول الله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم ولعلمهم يتفكرون فأعلم تعالى أن النبي صلى الله عليه وسلم اذا بين للناس ما أنزل اليهم يتفكرون ويعتبروا فاذا لم يكن عندهم تبيين النبي صلى الله عليه وسلم لما أنزل الله من الكتاب لم يتمكن لهم التفكر في أحكامه وقد قال تعالى انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتعكم بين الناس بما أراكم الله ومن ليس من أهل الاجتهاد فانه لا يرى شيئاً وبذلك قال الفقهاء المتقدمون انه لا يفتي من لا يعرف ذلك الا أن يخبر بما سمع فلم يجعل ذلك من باب الفتوى وانما هو اخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذي تجوز له الفتوى (فرع) فاذا لم يوجد العالم ليس بمرضى أو رجل مرضى الحال غير عالم فقد روى أصبغ يستقضى العدل لانه يستشير أهل العلم ويجتهد قال ابن حبيب ان لم يكن للرجل علم وورع فعقل وورع لانه بالعقل يستل وبالورع يعف فاذا طلب العلم وجدته واذا طلب العقل لم يجده (مسئلة) وأما اعتبار العدالة فالظاهر من أقوال المسلمين

ان العدالة شرط في صحة القضاء وقال القاضي أبو الحسن لا تنعقد الولاية للحاكم الفاسق وان طرأ
الفسق بعد انعقادها انفسخت ولايته وفي النوادر من كتاب أصبغ انه يجوز حكم المسخوط مالم
يجر وان لم تجز شهادته وهذا مبني على ان ما يطرأ من الفسق لا يفسخ ولايته حتى يفسخها الامام
(مسألة) وهل يعتبر في ذلك أن يكون سمياً لم أر فيه نصاً لأصحابنا * قال القاضي أبو الوليد
رضي الله عنه وعندي انه ممنوع لما يحتاج اليه من سماعه من دعوى الخصوم وسماعه أداء الشهادة
وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته فيعرضها عليه فنهى من لا يكتب مع ما في ذلك من تضيق الحال
على الناس وتعدر سبيل الحكم وذلك يجب أن يمنع منه (مسألة) وهل يجوز أن يكون الأبي
الذي لا يكتب ما كما وان كان عالماً عدلاً لم أر فيه نصاً لأصحابنا ولأصحاب الشافعي فيه وجهان
أحدهما الجواز والآخر المنع * قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندي الجواز لان امام المرسلين
وأفضل الحكماء كان لا يكتب ومن جهة المعنى انه لا يحتاج الى قراءة العقود وينوب عنه في ذلك أهل
العدل وهذه حال من لا يكتب من الحكماء يقر عليه العقد في الأغلب ويقيد عنه المقالات ولا يباشر
شيئاً من ذلك وان للنع من ذلك وجهان فافهم من تضيق طرق الحكومة والنبي صلى الله عليه وسلم
معصوم وليس غيره كذلك والله أعلم وأحكم (مسألة) وهل يستقضى ولد الزنا قال سحنون
لا بأس أن يستقضى ولا يحكم في حد زنا قال كما لا يحكم القاضي * قال القاضي أبو الوليد والأظهر
عندي أن ذلك ممنوع لان القضاء موضع رفعة وطهارة أحوال فلا يليها ولد الزنا كالامامة في الصلاة
وروى ابن سحنون عن أبيه يستقضى الفقير اذا كان أعلم من بالبلد وأرضاهم ولكن لا ينبغي أن
يجلس حتى يغني ويقضى عنه دينه وهذا مما لا خلاف في صحته لان الفقر ليس بمؤثر في دينه ولا
عالمه ولكن يستحب أن تراز حاجته ليتفرغ للقضاء وليكون أسلم له من مقارفة ما يخل بحاله
(مسألة) ويستقضى المحدث في الزنا والقذف والمفطوح في السرقة اذا كان اليوم مرضياً من
كتاب أصبغ ووجه ذلك ان ما كان عليه مما يمنع ولايته قد ظهر اقلعه عنه كالكافر ثم
حسن اسلامه (فرع) وهل يحكم فيما حذ فيه جوز ذلك أصبغ وفرق بينه وبين الشهادة ومنع
ذلك سحنون اعتباراً بالشهادة

(الباب الثاني في مجلسه وأدبه)

أما مجلس القاضي فانه ينبغي أن يكون في المسجد وكره الشافعي أن يكون في المسجد وروى نحوه
عن عمر بن عبد العزيز قال مالك القضاء في المسجد من الحق والأمر القديم لانه يرضى بالدون من
المجلس ويصل اليه الضعيف والمرأة ولا يحجب عنه أحد قال الشيخ أبو محمد واحتج بعض أصحابنا
في ذلك بقوله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب الى قوله فاحكم بيننا بالحق وروى
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في المسجد (فرع) ويستحب أن يجلس من المسجد في
رجاه الخارحة قال مالك ليصل اليه اليهودي والنصراني والخائض قال وحيثما جلس القاضي
المأموأجزأه قال أشهب في المجموعة ولا بأس أن يقضى في منزله وحيث أحب وأحب الى أن
يقضى حيث جماعة الناس وفي المسجد الجامع قال سحنون قال غيره الآن يدخل عليه في ذلك
ضرر لكثرة الناس حتى يشغله ذلك عن النظر والفهم فليكن له موضع في المسجد يحول بينه
وبين من يشغله واتخذ سحنون بيتاً في المسجد فكان يقعد فيه للناس (مسألة) ولا ينبغي أن
يقضى في الطريق في ممره الى المسجد أو الى غير ذلك الا أن يكون أمر عرض واستغثت اليه فلا

بأس أن يأمر فيه وينهى فأما الحكم الفاصل فلا قاله مطرف وابن الماجشون قال أشهر في
المجموعة لا يقضى القاضي وهو يمشی وقال أيضا لأبأس أن يقضى وهو يمشی إذا لم يشغله ذلك ولا
بأس أن يقضى وهو متكئ (مسألة) ولا تقام الحدود في المسجد ولا الضرب الكثير إلا اليسير
كالخسة أسواط والعشرة ونحوها قاله مالك في الموازية والمجموعة وكتاب ابن سحنون ووجه
ذلك أن الحدود تباعث سيلان الدم والتأثير في الأجسام والمساجد موضوعات للتأمين والرحمة فيجب
أن تنزه عن مثل هذا (مسألة) قال مطرف وابن الماجشون ويتخذ القاضي أوقافا يجلس فيها
للناس على ما هو أرفق به وبالناس وليس بالضيق عليه حتى يصبر كالأجنبي ولا ينبغي أن يجلس بين
العشاءين ولا في الأسفار إلا أن يحدث في تلك الأوقات ويرفع إليه أمر لا بد منه فلا بأس أن يأمر
في تلك الساعة وينهى ويسجن فأما على وجه الحكم مما شخص فيه الخصوم فلا وقال أشهب في
المجموعة ولا بأس أن يقضى بين المغرب والعشاء فعنى قول ابن الماجشون ومطرف أنه ليس عليه
الجلوس ذلك الوقت ولا اشخاص الخصوم إليه في الأمور التي فيها احضار الخصوم وتقييد المقالات
واحضار البيئات لأنها أمور لا تفوت ويلحق المطلوب بذلك المشقة في الخروج عن العادة وأما
الأمور التي يخاف فواتها ويطرأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة إلى النظر فيه فيلزمه ذلك
ومعنى قول أشهب أنه أباح له النظر بين المغرب والعشاء لأن ترك ذلك حق من حقوقه فإذا أراد
النظر ذلك الوقت فذلك مباح له والقول الأول أظهر لما في ذلك من الضرر بما يدعى في ذلك الوقت
إلى ما لا يخاف فواته وقد شرعت الآجال في القضاء بالحقوق والإمهال واستقصاء الحجج وذلك
ينافي القضاء بالليل وفي وقت يشق نقل البيئات والتفرغ للدلالة بالحجج مع ما في ذلك من الخروج
عن العادة في عمل القضاء ولا يكاد يفعل ذلك الأعلى وجه التضييق على المطلوب والمسايرة إلى
الحكم للطالب (مسألة) وليس عليه أن يتعب نفسه فيقضى النهار كله قاله في المجموعة قال في
العينية وليقعد للناس في ساعات من النهار وقال مالك في الموازية أني أخاف أن يكثر فيخطئ قال
في المجموعة يكره للقاضي أن يقضى إذا دخله هم أو نعاس أو خجش شديد وفي غير هذا الموضع أو
جوع يخاف على فهمه منه الإبطاء أو التقصير وفي العينية عن مالك أنه ليقال لا يقضى القاضي
وهو جائع ولا أن يشبع جدا فإن الغضب يحضر الجائع والشبعان جدا يكون بطيئا إلا أن يكون
الأمر الخفيف الذي لا يضر به في فهمه ووجه ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال
لا يقضى القاضي وهو غضبان فكل حالة منعه من استيفاء حجج الخصوم كما يمنعه الغضب كان له
حكمه في المنع من ذلك والله أعلم (مسألة) وقوله ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض
فأقضى له على نحو ما أسمع منه يريد والله أعلم أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج وأهدى إلى
إيراد ما يحتاج من ذلك وأشد تبينا لما يحتاج به قال أبو عبيدة اللحن بفتح الحاء الفطنة واللحن
باسكان الحاء الخطأ في القول تعلق بعض أصحابنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم فأقضى له على
نحو ما أسمع منه في أن القاضي لا يقضى بعلمه وهذا التعلق ليس بالبين لأنه لا يقضى القاضي بما
سمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه ولا على قول من ينفيه فأما من يقول أنه يقضى
بعلمه فإنه ينفذ ما علمه ولا ينظر إلى حجة الخصم ولا إلى ما شهد به عنده مما يخالف ذلك وأما من
يمنع الحكم بعلمه فإذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر امتنع من الحكم
في ذلك وشهد عنه غيره بما في علمه (مسألة) إذا ثبت ذلك فالمشهور من مذهب مالك أن الحاكم

لا يحكم في شيء أصلاً بعلمه علمه قبل ولايته أو بعده في مجلس حكم غيره في حقوق الآدميين أو غيرها
قاله مالك وابن القاسم وأشباه قالوا وكذلك ما وجد في ديوانه من اقرار الخصوم مكتوباً وجوز
ابن الماجشون وأصبغ وسمنون أن يحكم الحاكم بعلمه وبه قال أبو حنيفة والشافعي على اختلافهم في
تفصيل ذلك والدليل على ما نقوله قول الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء
فاجلدوهم ثمانين جلدة فيقتضى العموم أن يجلدوا ن علم الحكم بصدقه وما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال في ملاعنة لو كنت راجعاً أحداً غير بينة لرجت عنه وقال عبد الله بن عباس تلك
امرأة كانت تظهر السوء وأيضاً فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل المنافقين وإن كان علم كفرهم
لما انفرد بذلك ومن جهة المعنى إن الحاكم لما كان غير معصوم منع من الحكم بعلمه ليبعد عن التهمة
وتعلق ابن الماجشون في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فأقضى له على نحو ما أسمع منه فعلق القضاء
بما يسمع وتأوله مالك رحمه الله على ما يسمع منه من اهتدائه إلى مواقع حجته ومجيز الآخر عن إيراد
ما يعتضده ولذلك قال في أول الكلام فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته وأيضاً فإنه صلى الله عليه وسلم
قال فأقضى له على نحو ما أسمع منه وما علمه الحاكم ليس بموقوف على ما يسمع ممن يقضى له بل قديع
من حقوقه ما لا يسمع منه ويسمع منه ما لا يعلمه وهو صلى الله عليه وسلم إنما علق الحكم بما يسمع منه
فثبت بذلك وبقوله فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض أنه إنما يقضى له بما بينه في خصومه
لمعرفته بمواقع حججه من الحقوق التي تلزم الحاكم القضاء بها ولعله غير مستحق لها (فرع)
فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا فإنه إنما يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين في
مجلس نظره خلافاً لأبي حنيفة في قوله يحكم بعلمه في حقوق الآدميين مما علمه بعد القضاء خاصة
والشافعي في تجويزه ذلك على الإطلاق والدليل على ما نقوله أن هذا حكم بدعوى دون بينة ولا يمين
فوجب أن لا يصح لأن الشرع إنما قدر الحكم بأحدهما (فرع) وإذا قلنا لا يحكم بعلمه حكم
بعلمه وسجل فقد قال القاضي أبو الحسن لا ينقض حكمه عند بعض أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد
وعندي أنه ينقض حكمه

(فصل) وقوله فن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً فأنما أقطع له قطعة من النار معناه
والله أعلم أن قضاءه له بشئ من حق أخيه لما سمع منه من اظهار حجة أو جبت له ذلك من دعوى
باطل عجز الحق عن انكاره أو انكار حق عجز الحق عن اثباته فإن ذلك لا يملكه من حكم له به ولا يبيحه
له وإنما يعطيه قطعة من النار يريد والله أعلم قطعة من العذاب كقوله تعالى إن الذين يأكلون أموال
اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا يعني والله أعلم ما يعذبون عليه بالنار وقد يوصف الشيء بما
يؤول إليه ويكون سبباً له ولذلك يوصف الشجاع بالموت قال الشاعر

يا أيها الركب المزجي مطيته * سائل بني أسد ما هذه الصوت

وقل لهم بادروا بالعذر والتمسوا * وجهها ينجيكم أني أنا الموت

فوصف نفسه بأنه الموت يريد أنه سبب بشجاعته وقلة سلامته من يحارب به من الموت (مسألة) إذا
ثبت ذلك فإن حكم الحاكم لا يجعل الحرام ولا يغيره عن حقيقته مثال ذلك أن يقيم الرجل شاهدي
زور بأن امرأة أجنبية زوجة له فحكم الحاكم بذلك فإنه لا يجعل وطؤها خلافاً لأبي حنيفة في قوله
أن ذلك يحمله والدليل على ذلك الحديث المتقدم فن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئاً
فإنما أقطع له قطعة من نار وهذا يقتضى أنه إذا شهد به زور بان زوجاً طلق زوجته وإن هذا تزوجها

بعده انما يقطع له الحاكم بذلك قطعة من النار لأنه قد قضى له بحق هو لأخيه والله أعلم ص **مالك**
عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب اختصم إليه مسلم ويهودى فرأى عمر أن
الحق لليهودى فقضى له فقال له اليهودى والله لقد قضيت بالحق فضر به عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال
له وما يدريك فقال له اليهودى انا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله
ملك يسددانه وبوقفانه للحق مادام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه **ش** قوله ان عمر
اختصم اليه يهودى ومسلم فقضى عمر لليهودى لما رأى أن الحق له على حكم الاسلام لأن كل حكم
بين مسلم وكافر فانما يقضى فيه بحكم الاسلام لأنه انما عقدت لهم الذمة لتجرى عليهم أحكام الاسلام الا
فيما يخصهم وأما إذا لم يكونوا ذمة وكانوا أهل حرب فان أمكن الحكم بين المسلم وبينهم على حكم الاسلام
نفذوا وان تعذر ذلك لم يخرج أمرهم على وجه الحكم وذهب به الى معنى الصلح (مسئلة) وأما
أحكام أهل الكفر فلا يخلو أن يكونا على دين واحد كيهوديين أو نصرايين أو يكونا على دينين
مختلفين كيهودى ونصرانى فان كانا من أهل دين واحد فانه لا تعرض للحكم بينهما لأن الذمة لما
عقدت لهم على أن تجرى أحكامهم بينهم فان رضى جميعا بحكم الاسلام ولم يرض أسأفتهم به فى العتية
من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يحكم بينهم الا برضى الخصمين ورضى أسأفتهم فان رضى الخصمان
وأبى الاساقفة أو رضى الاساقفة وأبى ذلك أحد الخصمين لم يحكم بينهما وفى كتاب ابن عبد الحكم
انه ان رضى الحاكم حكم بينهما وان أبى ذلك أحدهما طالبا أو مطلوبا لم يعرض لهما فالتفقا على
الرضى بذلك فان الحاكم مخير بين أن يترك الحكم وبين أن يحكم بينهما بحكم الاسلام والاصل فى ذلك
قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وان حكمت
فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين وأما ان كانا على دينين مختلفين فى النوادر قال يحيى بن
عمر يحكم بينهما وان كره ذلك أحدهما لاختلاف ملتئما (مسئلة) وهذا فى طريقة الخصام
والتطالب بالحقوق التى سالت برضى الطالب لها وأما ما كان من التظالم كالغصب وقطاع الطريق
والسرقة فالحكم المسلمين حكم الاسلام سواء كانا مسالمين أو كافرين على مله واحدة أو ملتئين أو
أحدهما مسلم والآخر كافر وهو كله قول مالك فى كتاب ابن عبد الحكم وغيره والله أعلم وأحكم
(فعل) وقول اليهودى له عمر لقد قضيت بالحق يحتمل أن يريد لقد قضيت لي بما هو حق لي عليه
ويحتمل أن يريد به لقد قصدت الحق فى حكمك هذا ويحتمل أن يريد لقد قضيت بالحق على حكم

التوراة والله أعلم وأحكم

(فصل) وضر به اليهودى لما قال له والله لقد قضيت بالحق وقوله له وما يدريك يحتمل أن يكون
عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بينهما باجتهاده فيما لانص عنده فيه وكان يعتقد أن طريق ذلك
غلبة الظن دون القطع والعلم ولذلك قال له وما يدريك يريد ما يدريك أنه كما حلفت عليه وقطعت به
فأنكر على اليهودى الخلف على ذلك وذلك يقتضى ضرره وعقوبته لان من حلف على القطع فى
أمر يظنه استحق العقوبة لاسباب وقد تكون القضية من جهة القضاء صحيحة لكنها فى الباطن غير
صحيحة لان أحد الخصمين ألحن بحجته من الآخر كما قال النبي صلى الله عليه وسلم فن قضيت له بشئ من
حق أخيه فلا يأخذ منه فانما أقطع له قطعة من النار ويحتمل أن يكون ضرره لما حلف على شئ لا
يعرفه ولا يعلم هو مقتضى تلك القضية فى شرع المسلمين لاسبابا كانت ممن لم يتكرر ولم يتقدم فيها
حكم انما شرعت باجتهاد أئمة المسلمين فيها ويحتمل أن يكون ضرره لما فهم منه انه أقسم على انه قصد

وحدثني مالك عن يحيى بن
سعيد عن سعيد بن المسيب
أن عمر بن الخطاب اختصم
اليه مسلم ويهودى فرأى
عمر أن الحق لليهودى فقضى
له فقال له اليهودى والله
لقد قضيت بالحق فضر به
عمر بن الخطاب بالدرة
ثم قال وما يدريك فقال له
اليهودى انا نجد أنه ليس
قاض يقضى بالحق الا
كان عن يمينه ملك وعن
شماله ملك يسددانه
وبوقفانه للحق مادام مع
الحق فاذا ترك الحق عرجا
وتركاه

الحق لحكمه فأنكر عليه أن يحلف على باطنه ومعتقده وإن كان قد صادق الحق في يمينه هذه
ويحتمل أن يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والاطراء لما حكم له لما جبل عليه اليهود
من المكر والخلافة فأنكر عليه ذلك وأدبه على ما بدر إليه منه وظن أنه يجور عليه ليزجر الحكام
من سلك معهم هذا السبيل

(فصل) ونول اليهودي أنما يجده أنه ليس قاض يقضي بالحق إلا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك
يسددانه ويوفقانه للحق مادام مع الحق فإذا ترك الحق عرجا وتركاه ويحتمل أن يريد به اليهودي
أنه يقطع بان الحق له وأنه ممن قد شاهد الحكم بمثله بين المسلمين أو أنه من الحقوق التي لا تختلف فيها
الشرائع فاستدل على اجتهاد عمر وقصد الحق بأن حكم له بما يعرف هو أنه حقه وعلم ذلك بما زعم أنه
يجده في كتبهم من أن الحاكم إذا قضى بالحق يريد قصده وبينه بحكمه كان معه ملكان يسددانه إليه
وأنه إن زاع عن ذلك عرجا وتركاه فلا يوفق للحق فأمسك عنه عمر بعد ذلك أما تصديقه وإما أنه قد
بلغ من أدبه ما أقنعه ومآله اليهودي لا يبعد وقد قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع
أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك وقد روي في هذا المعنى حديثا ليس بذلك
أبو عيسى الترمذي أخبرنا عبد القدوس بن محمد العطار أخبرنا عمرو بن عاصم أخبرنا عمر عن أبي
اسحق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله مع القاضي ما لم يجور فإذا
جار تغلى عنه ولزمه الشيطان

﴿ ما جاء في الشهادات ﴾

ص ممالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان
عن أبي عمرة الأنصاري عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بخير
الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألهما أو يخبر بشهادته قبل أن يسألهما ش قال مالك في
المجموعة وغيره معنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة رجل لا يعلم بها فيخبر بها ويؤديها له
عند الحاكم وذلك أن المشهود به على ضربين ضرب هو حق لله وضرب هو حق للآدميين فأما
ما كان حق الله تعالى فعلى قسمين قسم لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر زاد أصبغ والسرقه
فهذا ترك الشهادة به للستر جائز والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم له لعلها لا تسترته بردائك
ولو أن الامام علم بذلك فقد قال ابن القاسم في المجموعة يكفه الشهادة ولا يشهد بها إلا في تجريحه أن
شهد على أحد (مسئلة) والقسم الثاني ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعق والاحباس
والصدقات والهبات لمن ليس له إسقاط حقه والمساجد والقناطر والطرق فهذا على الشهادات يقوم
الشاهد فيها ويؤديها متى رأى ارتكاب المحذور بها والشاهد في ذلك حالان حال يعلم أن غيره يقوم
بهذه الشهادة ويشاركه فيها وحال لا يعلم ذلك فيها فان علم أن غيره يقوم بها فانه يستحب له أن يبادر
بإدائها ليحصل له أجر القيام وليقوى أمرها لكثرة عدد من يقوم بها ولأن في قيام العدد الكثير
بها ردع لأهل الباطل وازهاوا عليهم ويصح أن يتناول هذا عموم قوله صلى الله عليه وسلم خير الشهداء
الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألهما ويكون معنى الاتيان بها هنا إذاؤها عند الحاكم (مسئلة) فان
بين له أن غيره قد ترك القيام بها ولم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها لقوله تعالى وأقيموا
الشهادة لله وقوله ولا تكفوا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ولأن القيام بالشهادة من فروض

﴿ ما جاء في الشهادات ﴾
* حدثنا يحيى عن مالك
عن عبد الله بن أبي بكر
ابن محمد بن عمرو بن حزم
عن أبيه عن عبد الله بن
عمرو بن عثمان عن أبي
عمرة الأنصاري عن
زيد بن خالد الجهني أن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ألا أخبركم بخير
الشهداء الذي يأتي بشهادته
قبل أن يسألهما أو يخبر
بشهادته قبل أن يسألهما

الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز فاذا قام بها بعض الناس سقط فرضها عن سائر الناس واذا تركه القيام بها جميعهم أمموا كلهم اذا كان الحق بمجمع عليه وبالله التوفيق

(فصل) وأما الضرب الثاني وهو حق الآدميين فانه ان كان يجوز له اسقاطه مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله فروى ابن القاسم في العتبية ان ذلك جرحه في الشاهد حين رأى ذلك ولم يعلم بعلمه فيه قال غيره في المجموعة وهذا اذا كان المشهود له غائبا أو حاضرا لا يعلم وأما ان كان حاضرا فهو كالأقرار وقال ابن سحنون عن أبيه انما ذلك فيما كان من حق الله تعالى أو كان للشاهد القيام به وان كذب المشهود له كالحالة والطلاق وأما العروص والحيوان والرابع فلا يبطل ذلك شهادته لان صاحب الحق ان كان حاضرا فهو أصنع حقه وان كان غائبا فليس للشاهد شهادة * وقال القاضي أبو الوليد وهذا عندى انما يكون جرحه في الشاهد اذا علم أنه اذا كتبها ولم يعلم بها بطل الحق فكتم ذلك حتى صوغ على أقل مما يجب له أو حتى نالته بكتان شهادته معرة ودخلت عليه مضرة فعلم ضرر ورته الى شهادته ولم يقيم بها حتى دخلت عليه مضرة بكتانه اياها فهي جرحه في شهادته وأما على غير هذا الوجه فلا يلزمه القيام بها لانه لا يدري لعل صاحب الحق قد تركه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الذي يأتي شهادته قبل أن يسألهما تقدم من تأويل مالك في ذلك ما بسطنا القول فيه ويحتمل قوله يأتي بها أن يأتي بها الى صاحب الحق فيخبره به من غير أن يعلم بذلك صاحب الحق والى هذا ذهب الشيخ أبو اسحق ويحتمل أن يريد بذلك أنه يأتيه لادائها قبل أن يسألهما بمعنى أنه اذا سئل ادعها بادر بذلك فأسمع اليه ولم يحوج الى تكرار السؤال كما يقال فلان يعطيك قبل أن تسأله ويحببك قبل أن تسأله يريدون بذلك سرعة عطائه وسرعة جوابه ولا يصح أن يريد بذلك أن يأتي بها إلخاكم فيؤدبها عنده قبل أن يسأله صاحب الحق اياها لا إلخاكم لايصحها منه اذا لم يقيم صاحب الحق بها وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يشهدون ولا يستشهدون وقد قال ابراهيم النخعي ان معنى الشهادة في الحديث الذين يريدان به يحلف قبل أن يستحلف ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتكم لأمر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر ما هو قال شهادة الزور ظهرت بأرضنا فقال عمر ما له رأس ولا ذنب فقال عمر ما هو فقال شهادة الزور ظهرت بأرضنا فقال له عمر أوقد كان ذلك فقار نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول * ش قوله جئتكم بأمر ماله رأس ولا ذنب معناه ليس له أول ولا آخر فاما تستعمله العرب على وجهين أحدهما يريدون به الكثرة فيقول هذا جنس لا أول له ولا آخر اذا أخبرت عن كثرته والوجه الثاني يريد به الأمر المهم الذي لا يعرف وجهه ولا يهتدى لأصله فيقال ليس لهذا الأمر أول ولا آخر بمعنى انه مهم ليس له وجه يتناول منه وهذا الحديث يحتمل الوجهين جميعا فيحتمل أن يريد به الكثرة في كثرة شهود الزور وأن يريد به عظم الفساد بهذا الأمر حتى لا يهتدى لأصله

(فصل) وقوله شهادة الزور ظهرت بأرضنا يريد الشهادة بالباطل ظهرت بأرضهم بعد أن لم تكن ولو كانت بأرضهم قديما لم يصفها الآن بالظهور وانما كان يصفها بالدوام أو بالبقاء والتزايد وشهادة الزور من الكبار والأصل في ذلك قوله تعالى والذين لا يشهدون الزور واذا امروا بالغمر واكراما وما روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثا قالوا بلى يا رسول الله قال الاثراء بالله وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئا

* وحدثنى مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتكم لأمر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر ما هو قال شهادة الزور ظهرت بأرضنا فقال عمر أوقد كان ذلك قال نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول

ألا و قول الزور فإزال يكررها حتى قلنا ليته سكت

(فصل) وقول عمر أوقفه كان ذلك دليل على أنه أمر لم يتقدم علمه به ولا عهده بذلك البلد قبل
 اخبار هذا الخبر وذلك أن جميع الصحابة ومن آمن بالنبي صلى الله عليه وسلم في زمنه وورآه وكانوا
 عدولا بتعديل الله إياهم واخباره أنهم خير أمة أخرجت للناس وقوله تعالى محمد رسول الله والذين
 معه أشداء على الكفار رخاء بينهم تراهم ركعا سجدا يبتغون فضلا من الله ورضوانا سيماهم في وجوههم
 من أنزال السجود الآية وهذا كان التعديل في حياة النبي صلى الله عليه وسلم بين ذلك ما روى عن
 عبد الله بن عتبة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول إن ناسا كانوا يأخذون بالوحي في عهد رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وإن الوحي قد انقطع وانما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم فنأظهر
 لنا خبرا أمناه وقر بناه وليس لنا من سر برته شيء الله بحاسبه في سر برته ومن أظهر لنا سرا لم نؤمنه
 ولم نصدقه وإن كانت سر برته حسنة فلما كان هذا حكم الصحابة كان الأمر في زمن النبي صلى الله
 عليه وسلم وأبي بكر وصدر من زمن عمر على أن كل مسلم عدل لأنه لم يكن في المسلمين غير محابي
 وهم عدول فلما أخبر عمر بما أحدث من ذلك قال أوقفه كان ذلك لأنه قد كان يظن الأمر على ما عهد فلما
 أخبر أنه قد كان قال والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن ثبت على
 شاهدانه شهيد زور فإن كان لنسيان وغفلة فلا شيء عليه ومن كثرت منه ذلك ردت شهادته ولم يحكم بها
 لنفسه فأما من ثبت عليه أنه تعمد ذلك فإنه على ضربين أحدهما أن يقر بتعمد ذلك والثاني أن يرجع
 عن شهادته بعد أدائها فأما أن أقر بتعمد شهادة الزور فإنه يعاقب وروى ابن وهب عن مالك أنه يجعل
 قال ابن الماجشون يضرب بالسوط قال ابن القاسم يضربه القاضى قدر ما يرى وقال ابن كنانة
 يكشف عن ظهره قال ابن عبد الحكم يضرب ضربا موجعا (فرع) وروى ابن وهب عن مالك
 أنه يطاق به ويشهر وقال ابن الماجشون يطاق به في الأسواق والجماعات وقال ابن عبد الحكم يشهر
 في المساجد والخلق قال ابن القاسم في مجالس المسجد الأعظم وروى ابن المواز وغيره عن مالك
 يسجن وروى مطرف عن مالك ولا يرى الخلق والتسخيم (فرع) وهل تقبل شهادته إذا تاب
 وروى ابن المواز عن أشهب عن مالك لا تقبل شهادته أبدا زاد عنه ابن نافع وإن تاب وهي رواية
 ابن القاسم في المدونة وروى على عن ابن القاسم في الموازية تقبل شهادته إذا تاب وأظنه للمالك وجه
 رواية أشهب وابن نافع أنه مما يسر ولا طريق إلى معرفة صلاح حاله ووجه الرواية الثانية أن هذا نوع
 فسق فلا يمنع قبول الشهادة بعد التوبة كالقذف (فرع) فإذا قلنا تقبل شهادته إذا تاب فبأي
 شيء تعرف توبته قال ابن المواز تعرف بالصلاح والدؤب في الخير وقد أشار إليه ابن الماجشون ووجه
 ذلك أن حاله الأولى كانت حال عدالة في الظاهر وقد وقع منه معها ما دل على أنها غير عدالة فلا تثبت له
 توبة إلا بزيادة خبر على ما كان عليه عند وجود شهادة الزور منه كالقاذف إذا كان عدلا حين فذفه
 (فصل) وقول عمر والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول قيل معناه لا يجبس والأسر الحبس
 ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الأسر لاقامة الحقوق عليه إلا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل
 من غيرهم فن لم يكن من الصحابة ولم تعرف عدالته لم تقبل شهادته وهذا مذهب مالك والشافعي وقال
 أبو حنيفة مجرد الإسلام يقتضى العداة فكل من أظهر الإسلام حكمه بالعدالة وقبلت شهادته حتى
 يعرف فسقه وحكى عنه أبو بكر الرازي أن ذلك إلى زمن أبي حنيفة لأن القرن الثالث آخر القرون
 التي أثنى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما من بعد القرن الثالث فلا يكتفى في عدالتهم بمجرد

الاسلام والدليل على ما نقوله قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل
 وامرأتان ممن ترضون من الشهداء وقالوا شهدوا وذوى عدل منكم وهذا شرط اعتبار الرضى
 والعدالة وذلك معنى يزيد على الاسلام وعلى اظهاره ودليلنا من جهة القياس ان العدالة لما كانت
 شرطاً في صحة الشهادة كالجعل في الجاهل بوجودها مثل العلم بعدمها كالاسلام وقد روى عن عمر بن
 الخطاب انه كتب الى ابي موسى الأشعري ان المسلمين عدول بعضهم على بعض يحتمل أن يكون
 ذلك قبل أن يبلغه ما بلغ ويحتمل أن يكون معنى ذلك أن الاسلام شرط في العدالة وانه لا يقبل
 أحد غيرهم لانه محال أن يريده قبول شهادة مسلم علم منه فسق والله أعلم (مسئلة) وللشاهد
 صفات لا يجوز أن يعرى منها أن يكون بالغاً عاقلًا مسلماً عادلاً عارفاً بالشهادة وصفة تحملها التي
 يجوز معها اقامتها متعزاً فيها وانما شرطنا البلوغ لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا وقوله
 تعالى ولا تكفوا الشهادة ومن يكفها فانه أثم قلبه وهذه صفة البالغ المكلف لان الأمر والنهي
 لا يتوجه الا اليه ومن جهة المعنى ان الشاهد انما يجب أن يكون ممن يخاف ويتعرج من الأثم فيشهد
 بالحق ويتوقى الباطل والصبر لا يأتى بشئ ولا يخاف عقوبة فلا شئ يردعه من كتمان الحق والشهادة
 بالباطل وانما شرطنا العقل لان عدمه معنى ينافي التكليف كالصغر (فرع) اذا ثبت ذلك
 فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية في ابن خمس عشرة سنة لم يحتمل لا تجوز شهادته الا أن
 يحتمل أو يبلغ ثمان عشرة سنة فتجوز شهادته وقال ابن وهب تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة وان
 لم يحتمل وجه قول ابن القاسم ان هذا لم يحتمل ولا بلغ السن الذي لا يبلغه غالباً الاحتمل فأشبه ابن عشرة
 أعوام لان الخمس عشرة سنة قد يبلغها من لا يحتمل واحتج ابن وهب في ذلك بان النبي صلى الله عليه
 وسلم أجاز ابن عمر وهو ابن خمس عشرة سنة قال ابن عبد الحكم وغيره في غير العتبية انما أجازهما
 رآهما مطبقاً للقتال ولم يسأله عن سنه وليس في هذا دليل على انه حد البلوغ (مسئلة) وانما شرطنا
 الحرية خلافاً لمن قال شهادة العبد مقبولة لان الرق نقص يمنع الميراث فنافى الشهادة كالكفر
 (مسئلة) وانما شرطنا الاسلام خلافاً لمن جوز شهادة الكفار على المسلم في الوصية حال السفر
 وان كانوا مجوساً لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله واشهدوا ذوى عدل منكم ولم يخص
 سفر من حضر والدليل على ما نقوله ان هذه حالة من أحوال الانسان فلم تجز فيها شهادة الذي
 على المسلم كحال الامامة واما تعلقهم بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم اذا حضر أحدكم
 الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم
 مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشري به ثمنا ولو كان ذا قربي
 ولأنكم شهداء الله انا اذا المني الآمين فان عثر على انهما استحقا ثمنا فآخران يقومان مقامهما من
 الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا المني
 الظالمين ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان قالوا فوجه الدليل من ذلك
 ما روى عن ابن عباس انه قال خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن بداء فأت السهمي
 بارض بيديس فيها مسلم فلما قدما فقدوا جاما من فضة مخصوص بذهب فاحلفهما رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ثم وجدا الجام بمكة فقالوا ابتعناه من تميم وعدي فقام رجلان من أوليائه فحلفا لشهادتنا
 أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم قال ابن عباس وفيهم نزلت هذه الآية يا أيها الذين آمنوا شهداء
 بينكم اذا حضر أحدكم الموت والجواب أن الآية لا تتضمن شيئاً مما ذكرتم وقد قال الحسن البصري

ان معنى قوله تعالى ذوا عدل منكم يريدون قبيلكم أو آخران من غيركم يريد من غير الاسلام فلا يكونان شهيدين ويكون حكمهما ما تضمنته الآية من استعلافهما وجواب ثالث وهو ان سبب نزول هذه الآية وما ذكر في ذلك عن ابن عباس ينافي الشهادة ولذلك استعملوا ولو كانوا شهودا لم يستعملوا لانه لا خلاف في ان الشاهد لا تجب عليه يمين وانما يستخلف من ادعى عليه حق ولذلك روى عن مجاهد انه قال معنى الآية ان يموت الرجل فيحضر موته مسلمان أو كافران لا يحضره غيرهما فان رضى ورثته ما عاب عليه من التركة فذلك ويحلف الشاهدان انهما الصادقان فان غيرا ووجد لطنخ أو لبس أو شبه حلف الاوليان من الورثة واستحقاقا بطلا ايمان الشاهدين وقد يسمى الخالف شاهدا او يقول الخالف أشهد بالله ولذلك روى عن النخعي كانوا يضر بوننا على الشهادة والعهد يعنى على اليمين على هذا الوجه (فرع) ولا تجوز شهادة الذى على ذمى خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك جائز والدليل على ذلك قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم والعدالة تنافي الكفر ودليلنا من جهة القياس ان من لا تجوز شهادته على مسلم لم تجز شهادته على كافر كالمجوسى والحرى (مسألة) ولا تجوز شهادة الفاسق لان من شرط الشهادة العدالة لما تقدم وانما يراعى في هذه الصفات وقت الأداء لا وقت التحمل فلو تحمل الشهادة وهو صغير عبد كافر ثم أداها بعد ان أسلم وبلغ وأعقق وكمثل له صفات الشهادة قبلت شهادته ولو تحملها في حال عدالة ثم أداها في حال فسق لم تقبل شهادته وكذلك لو أشهدوا على شهادته في حال فسقه ثم أداها من علمها عنه بعد ان بلغ العدالة لم تصح شهادتهم لان الاعتبار في ذلك بصفاتهم وقت اشهادهم على شهادته قال ذلك سحنون قال وهو قياس قول مالك وأصحابه (فرع) ولو شهد الشاهدان بهما عند الحكم فردها المعنى من هذه المعاني ثم زال من ذلك المعنى لم يصح أداؤها لهما ولو أداها لهما بجزل الحكم بها عند قول مالك والشافعى وقال الحكم بن عيينة ان ردت شهادته لصغر أو ورق أو كفر قبلت بعد ذلك وان ردت لفسق أو تهمة لم تقبل بعد ذلك مثل أن يشهد بزوجته بشهادة فترد ثم يطلقها فانه لا يقبل لها في تلك الشهادة وبه قال أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان هذا ردت شهادته لمعنى فيه أو جبر ردها فلم يجز قبوله فيها وان زال ذلك المعنى كالفسق (مسألة) وانما شرطنا أن يكون عالما بمحمل الشهادة لانه من لم يكن عنده علم لتحملها لم يؤمن عليه الغلط فيها وترك ما هو شرط في صحتها وانما شرطنا أن يكون متحرزا فيها لان من لم يكن متحرزا لم يؤمن عليه التخيل من أهل التخيل فيشهد بالبطل ولم يعلم (مسألة) وهل من شرطه أن لا يكون مولى عليه روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة ان شهادة المولى عليه تجوز ان كان عدلا قال ابن المواز وهذه رواية ابن عبد الحكم وقال أشهب لا تجوز شهادته وان كان مثله لو طلب ماله أخذه قال ابن المواز وهو أحب الى قال ولا تجوز شهادة البكر في المال حتى تنفس وان كانت من أهل العدل وجه القول الأول قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم ولم يفرق بين المولى وغيره وانما الولاية عليه لقلة معرفته بحفظ المال وتأخير ذلك لا يمنع قبول شهادته مع العدالة ووجه القول الثانى ان من شرط الشاهد أن يعرف التحرز فاذا لم يكن من أهل التحرز في حفظ ماله ولا يوثق به في ذلك فبان لا يوثق به في أداء شهادته أولى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالشهود على ثلاثة أقسام قسم يعرف الحاكم عدالته وقسم يعرف فسقه وقسم يجهل أمره فأما القسم الأول وهو من يعرف عدالته فيجب على الحاكم الحكم بشهادته ان لم يكن للحكوم عليه مدفع فيها قال سحنون في العتبية وذلك مثل الرجل المشهور بالعدالة وعند

الحاكم من معرفته مثل ما عند من يعدله فهذا الذي على الحاكم أن يقبله وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم إذا كان القاضي يعرف الرجل وكان يزكيه عند غيره ولم يكن قاضياً فهذا الذي يسعه قبول شهادته وأما الضرب الثاني وهو من يعرف فسقه فلا يجوز له أن يحكم بشهادته بل يجب عليه ردّها وذلك على ضربين أحدهما أن يعرف الحاكم فسقه والثاني أن يجرح عنده بأنه يرتكب محظوراً كالزنا والسرقة وشرب الخمر والعمل بالربا قال الشيخ أبو اسحاق ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء وإن كان لا يدعوا إلى بدعته وتقبل شهادة القراء في جميع الأشياء الشهادة بعضهم على بعض فاتهم يتحاسدون كالضرائر وقد اختلف في شهادة القراء بالحنان وأحب إلى أن لا تجوز والبخل الذي ذمه الله ورسوله هو الذي لا يؤدّي الزكاة فمن أدّى زكاة ماله فليس ببخل ولا ترد شهادته وقال بعض أصحابنا إن شهادة البخل مردودة وإن كان مرضى الحال يؤدّي زكاة ماله لأنه ساقط المروءة وذلك يمنع قبول الشهادة وكذلك ترد شهادة من يترك واجباً كترك الصلاة والصيام حتى يخرج الوقت المشروع لها أما ترك الجمعة فجرحة في الجملة واختلف في تركها مرة واحدة فقال أصبغ هي جرحة كالصلاة من الفريضة فتركها مرة واحدة فيؤخرها عن وقتها وهذا ظاهر ما روى عن ابن القاسم في العتية وقال سحنون لا يكون جرحة حتى يتركها ثلاثة متواليات ومثله روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك (مسئلة) وهذا ما كان من العبادات على الفور وأما ما كان على التراخي فانه لا تبطل شهادته حتى يترك ذلك المدة الطويلة التي يغلب على الظن تهاونه بهامع تمكنه من أدائها قال سحنون فمن كان صحيح البدن متصل الوفر قد بلغ عشرين سنة إلى أن بلغ ستين سنة فلا شهادة له وإن كان من أهل الأندلس يريد أن يترك الحج (مسئلة) وأما ترك المندوب البهيماء كان منه يتكرر ويتأكد كالتور وركعتي الفجر وتحية المسجد وما قد نواظب عليه الناس فإن أخل أحد بفعله مرة أو مراراً لعذر أو غير عذر فلا تسقط بذلك عدالته وأما من أقسم أن لا يفعل أو تركه جلة فإن ذلك يسقط شهادته والأصل في ذلك قوله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤنوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله وما روى عن عائشة قالت سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالين أصواتهما فإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين المتأني أن لا يفعل المعروف فقال أنا يا رسول الله فله أي ذلك أحب فوجه الدليل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر عليه يمينه بذلك إنكاراً اقتضى إقلاعه عنه وتوبته منه فمن أصر على مثل ذلك وجب رد شهادته وأما الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم حين أخبره بالفرائض والله لا أزيد على ذلك ولا أنقص منه فانه لم يحلف على أن لا يأتى بنافلة ولا يعمل شيئاً من الخير ولكنه أقسم أن لا يفعل على وجه الوجوب عندما أخبره به النبي صلى الله عليه وسلم عن وجوبه وإن أجاز أن يفعل غير ذلك من جنسه على وجه النفل ويحتمل أن يريد بذلك أنه لا يزيد عليه زيادة تفسده فلا يزيد على ركعات الصلاة فيصليها خسا ولا ينقص منها فيصليها ثلاثاً وإن جاز أن يزد فيها وينقص منها ما لا يخل بصحتها

(فصل) وأما من جهل الحاكم أمره فلا يعرفه بعدالة ولا فسق فلا يخلو أن يتناول شهادة ما يعدم شهادة أهل العدل فيه في الأغلب أو ما لا يعدم ذلك منه فأما ما يعدم ذلك فيه غالباً مثل شهادة أهل الرفقة بعضهم على بعض فيما يختص بمعاملات السفرة من بيع أو شراء أو قرض أو كراء أو قضاء وما

جرى مجرى ذلك فأما بيع العقار والأموال التي لم تجر العادة ببيعها في السفر فلا يقبل فيها إلا العدول وكذلك ما شهد به بعضهم على بعض فيما يوجب الحسد أو الضرب كالسرقة والتلصص والزنا والغصب الموجب للضرب فلا يقبل في ذلك إلا أهل العدالة وانما تجوز شهادة التوسم في الأموال لصالح السفر وانصال السبل وروى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ما احتج به الشيخ أبو اسحاق من قوله تعالى وأسأل القرية التي كنا فيها والعير التي أقبلنا فيها وأنا لصادقون ومن جهة المعنى ما تدعو اليه الضرورة في السفر من قبول أهل الرفقة ومن لا يكاد يوجد فيها غيرهم (مسئلة) وانما يقبلون على التوسم وذلك أن يتوسم فيهم الحاكم الحرية والاسلام زاد الشيخ أبو اسحاق والمروءة والعدالة ولا يمكن المشهود عليه من تجريحهم لان من اجترأ على غير العدالة لا يمكن من تجريحه كالصبيان وان ارتاب السلطان رتبة قبل الحكم فان كان سبب الرتبة قطع يد أو رجل أو جلد ظهر فليتوقف ويتثبت في توسمه فان ظهر له نفي تلك الرتبة والاسقاطهم ولو شهد منهم واحد أو امرأة أو عدد لا توسم ان الذين قبلوا بالتوسم عبيداً أو مسخوطون وذلك قبل الحكم فان السلطان يتثبت فيهم ويكشف عنهم فان ظهر له بعض ما قيل أمسك عن امضاء شهادتهم وان لم يظهر له ذلك حكم بها وان كان ذلك بعد الحكم بشهادتهم فلا ترد بشيء مما ذكرناه قبل هذا الا أن يشهد عدل لان انهما أو أحدهما على صفة تمنع قبول الشهادة (مسئلة) وأما اذا تناولت شهادة الشاهدين ما لا يعدم شهادة أهل العدل فيه غالباً فانه لا يقبل شهادتهما الا بعد التزكية روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ليس تعديل الشهادتين الى المشهود عليه وانما ذلك الى الحاكم ينظر في ذلك لنفسه سعى له ذلك المشهود عليه أو لم يسم وفي ذلك خمسة أبواب * الباب الأول في عدد المزكين * والباب الثاني في صفة المزكى * والباب الثالث في معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك * والباب الرابع في لفظ التزكية * والباب الخامس في تكرار التعديل وما يلزم منه

(الباب الاول في عدد المزكين)

وذلك على وجهين تزكية علانية وتزكية سرية فأما تزكية العلانية ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجزى في التزكية أقل من اثنين ووجه ذلك قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وهذا في كل شيء الا في تزكية شهود الزنا فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك لا يعدل كل واحد اربعة وقال ابن الماجشون يجوز في تعديلهم ما يجوز في تعديل غيرهم اثنان على كل واحد أو اربعة لجمعهم (مسئلة) وأما تزكية السر فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبح ينبغي أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وفضله وميزه وتحرز له لا يعرفه أحد سوى الحاكم فيبحث عن أحوال الناس ويكتتب بذلك فاذا كلفه القاضي أن يتعرف له حال شاهد تسبب الى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يعلم به أحد ثم يعلم الحاكم بما عنده من ذلك فهذه تزكية السر (فرع) وكما عدد المزكين في السر ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك يكفي في ذلك الرجل الواحد العدل وفي العتية من رواية ابن القاسم عن مالك لأحب أن يسأل في السر أقل من اثنين وقال سمنون لا يقبل في السر الا اثنان وجه القول الأول انه نائب عن الحاكم فالتنفي ذلك انفراده ووجه القول الثاني أنها شهادة في تعديل تزكية العلانية (مسئلة) والأفضل في التعديل أن يجمع بين السر والعلانية وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبح لا ينبغي أن يكتفى بتعديل العلانية دون تعديل السر وقد يجزى تعديل السر عن تعديل

العلانية ووجه ذلك أن تعديل السر لا يجزى في ذلك السائل إلا بالخبر الفاشي المتكرر المتحقق الذي يقع به العلم للستخبر ولذلك لا يعترف فيه إلى أحد وأما تعديل العلانية فيقبل في ذلك شاهدان فلا يقوى قوة ما يقع به العلم ولذلك يعترف فيه إلى المشهود عليه فإذا أمكن أن يجمع بين الأمرين فهو أولى ليستوى في تعديله السر والجمهور وإن اقتصر في الرجل المشهور الفضل بتركية السر فلا بأس بذلك لما عليه من العضاضة بمطالبة التزكية والتوقف في قبول شهادته حتى يزكى فإن لم تعلم حاله بالسؤال في السر عن أمره ولم يوجد من يخبر بذلك عنه إلا الرجلان والثلاثة اضطر في أمره إلى تزكية العلانية واجتزى بها في الذي لم تشتهر عينه وفي المدونة يكفي في ذلك أن يزكى في السر أو العلانية والله أعلم وأحكم

(الباب الثاني في صفة المزكى)

روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ لا يجوز تعديل الرجل وإن كان عدلاً حتى يعرف وجه التعديل ورواه مطرف عن مالك وقال سحنون من رواية ابنه عنه لا تقبل تزكية الأبله من الناس وقال سحنون وليس كل من تجوز شهادته يجوز تعديله ولا يجوز في التعديل إلا المبرز النافذ الفطن الذي لا يندفع في عقله ولا يستزل في رأيه ووجه ذلك أن معرفة أحوال الناس ومعرفة الجائز منها من غير ما يخفى ولا يعلمه إلا آحاد الناس وأهل الميز والخذق منهم وأما دفع عقد إلى شاهد يشهد فيه بما يشهد عليه المتعاقدان في بيع أو غيره فذلك أمر ظاهر يبعد من الخطأ والمخادعة لمن له أقل معرفة وأيسر جزء من التحرز (فرع) ولا يجوز أن يكون المعدلان غير معروفين عند الحاكم فيزكيان عنده إذا كان شاهداً الأصل من أهل البلد وإن كان غير باجاز ذلك قاله مالك في المدونة وغيرها ووجه ذلك أن الغريب قد يكون مجهول الحال في البلد فلا يعرف عدلته إلا من يعرف الحكم فيحتاج أن يعرف به وأما المساكن بالبلد فخالفه في الأغلب معلومة كحال المزكى له فلا يقبل في تزكيته إلا أهل العدالة على ما وصفنا قبل هذا

(الباب الثالث في معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك)

من لا يعرفه الحاكم بهذه الصفة يطلب فيه التزكية قال سحنون يزكيه عنده من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره من صحبه الصعبة الطويلة وعامله بالأخذ والاعطاء قال ابن سحنون عن أبيه في الخضر والسفر * قال مالك كان يقال لمن مدح رجلاً صحبته في سفر أخالطته في مال * قال مالك في الرجل يصحب الرجل شهراً فلا يعلم منه إلا خبر الأبرز كيه بهنا وهو كبعث من يجالسك وليس هذا باختبار وقال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا فساد إلا أنه ممن يحضر الصلوات في المساجد قال سحنون يعرفه بظاهر جيل من أهل المساجد والجهاد قال ابن القاسم لا يقبل شهادته ويطلب فيه التزكية قال سحنون لا يزكيه بذلك (مسألة) إذا ثبت أن التزكية تفتقر إلى أن يعرف المزكى من حال الشاهد ما ذكرناه في العتية عن سحنون ما معناه أنه لا يؤثر في ذلك أن يقارن بعض الذنب كالامر الخفيف من الزلة والفلتة فمثل هذا لا يمنع من عدالته * قال مالك من الناس من لا تذكر عيوبهم يكون عيبه خفيفاً والامر كله حسن ولا يعصم أحد من أهل الصلاح وتقبل شهادة اللاعب بالشطرنج ولو لم تقبل إلا من لا يقارن شيئاً من العيوب ما قبلت لأحد شهادة (مسألة) ويزكى الشاهد وهو غائب عن القاضي قاله ابن القاسم في المدونة معناه والله أعلم أنه مشهور العين والاسم عند القاضي والمزكى معروف العين وإن لم يكن

كذلك فلا يزكى الا عينه وقد روى ابن سحنون عن أبيه يصح أن يزكى المزكى رجلا لا يعرف اسمه وقاله ابن كنانة * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أنه زكاه على عينه وإن هذا أمر يقل ويندر إذا كان لا يصح تزكيته له إلا بعد المداخلة في السفر والحضر والمعاملة الطويلة بالأخذ والاعطاء ويكون مع ذلك لا يعرف اسمه إلا أن يكون مشهورا بكنية كأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام وأبي بكر بن عباس أو يغلب عليه لقب قدر ضيه كأشهب بن عبد العزيز واسمه مسكين وكنيته أبو عمرو وأشهب لقب وكذلك سحنون اسمه عبد السلام وكنيته أبو سعيد وسحنون لقب فثل هذا يمكن فيه ما قال والله أعلم ومع ذلك فاني أقول إن الجهل باسمه يؤثر في تزكيته وإنما يقل مع ما شرط من سبب معرفته

(الباب الرابع في لفظ التزكية وحكمها)

فد قال مالك من رواية ابن وهب عنه في المزكى يقول لأعلم الأخير * قال مالك ويلقاه في الطريق ولا يعلم منه الأخير ولا يجوز هذا قال سحنون ولا يجوز أنه أرى يقول هو صالح وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبع يجرئه في ذلك لفظ العدل والرضى وقال القاضي أبو بكر كل لفظ كنى به عن العدل والرضى فإنه يجرى وإنما اختير لفظ العدل والرضى لأنه الذى ورد به القرآن قال الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال عز من قائل ممن ترضون من الشهداء قال الشيخ أبو القاسم ولا يقتصر على أحد الوصفين من العدل والرضى حتى يجمعهما (فرع) إذا ثبت أن الاعتبار بمعنى العدالة وأن الاختيار لفظ العدالة والرضى فقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبع يجرئه أن يقول أراه عدلا رضى وليس عليه أن يقول وأعلمه عدلا رضى جاز الشهادة ولا يقبل منه إذا قال لأعلمه إلا عدلا رضى قال سحنون ولا يقبل منه حتى يقول أنه عدل رضى وجه الرأى الأول أن التعديل اخبار عما يعتقد فيه من الصدق لما ظهر اليه من الأحوال المرضية ولا يصح أن يقطع على مغيبه وجه الرأى الثانية التزكية وإن الرضى والعدالة متعلقة بما ظهر اليه من أحواله وذلك مقطوع به

(الباب الخامس في تكرير التعديل وما يلزم منه)

قد روى في المجموعة أشهب عن مالك في الرجل يشهد في شيء ثم يشهد ثانية قال تقبل شهادته بالتزكية الأولى وليس الناس كلهم سواء منهم المشهورون بالعدالة ومنهم من يغمص منه الناس قال ابن كنانة أما الذى ليس بمعروف فإنه يؤتلف فيه تعديل ثان وأما المشهور بالعدالة فالتعديل الأول يجرى فيه حتى يجرى بأمرين وروى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون ليس عليه اثنتان في تعديل الأول أن يغمز فيه بشئ أو يرتاب منه ولا يزيد طول ذلك الأخير وجه القول الأول الذى ليس بمشهور العين ولا مشهور العدالة فإنه يمكن أن يكون فيه أحوال خفيت عن المعدلين وربما يتعذر تجريره على المشهود عليه خلفاء عينه وقلة العلم به فيؤتلف فيه التعديل ليحقق أمره ويستبرأ حاله وجه القول الثانى أن الحكم الأول بتعديله باق لا ينقضه التجريح والارتياب فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه (فرع) فإذا قلنا أنه يؤتلف فيه التعديل فقد قال أشهب في المجموعة إن شهادة ثانية بعد زمان الخمس سنين ونحوها فليس سئل عنه المعدل الأول فإن كان قد مات عدل مرة أخرى والام يفعل وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية أن كانت الشهادة الثانية قريبة من الأشهر وشبهها ولم يطل جدالم يكف تزكية وإن كان قد طال فليس يكشف عنه ثانية طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلب

والسنة كثير (مسألة) ومن الذي يكلف تعديله في العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يسأله من يعدله فان لم يأت به بذلك فلا يقبله قال سحنور ولا يطلب التزكية من الشاهد وذلك على الخصم وانما عليه أن يجزأ الحكم ممن يعرفه ومن يعدله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا هو الأظهر عندي فاذا قلنا بذلك فان الحماكم يكاف من يشهد له بركبه من لا يعرفه فان زكاه والارد شهادته لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء واذا لم يعرف عدالتهم برضه ص * مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين * ش قوله لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين قال ابن كنانة في المجموعة الخصم في هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل في الامر الجسيم مثله يورث العداوة والحق فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه في ذلك الامر وفي غيره وان خاصمه فيما لا خطب له ككتاب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة فان شهادته عليه في غير ما يخاصمه فيه جائزة وقال يحيى بن سعيد الخصم في هذا الحديث الوكيل وقاله ابن وهب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والوجهان عندي محتملان فيحتمل أن يريد به العدو والمخاصم ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصوصته لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه (مسألة) وكذلك اذا كان حقا لله تعالى فقام به أحد يطلبه ويخاصم فيه فانه لا تقبل شهادته فيه قاله ابن القاسم في العتبية وروى ابن حبيب عن مطرف ان شهادته جائزة وجه قول ابن القاسم ان الناس قد جبالوا على أن من خاصم في شيء ان له اتمامه والنفاذ فيه فلا يؤمن على هذا المخاصم أن يزيد في شهادته ما ينفذ به فيما يحاوله ووجه قول مطرف ان هذا حق لله تعالى فلا يتهم أحد فيه لان الواجب على كل أحد القيام به ولو لم تقبل شهادة قائم به لما قبلت شهادة أحد لان كل أحد يتعين عليه القيام به والقائم به لا يجبر به منفعة الى نفسه فلا يمنع ذلك من قبول شهادته (مسألة) اذا ثبت ذلك فان خصوصتهما معتبرة بالثمة في أداء الشهادة فان أداها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة قبل الحكم * قال القاضي أبو الوليد فالصواب عندي الحكم بها وان تحملها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة فان كان أشهد بها قبل الخصومة ثم أداها بعد الخصومة فهي جائزة حكاه الشيخ أبو محمد في نوادره عن ابن الماجشون وان لم يشهد بها وأداها في حال الخصومة أو بعد ما بالقرب منها فهي غير جائزة وان كان بعدها مدة لا تلحق في مثلها التهمة جازت الشهادة وان أداها قبل العداوة ثم حدثت العداوة قبل الحكم بها فقد قال ابن القاسم وأشهب ان الشهادة ماضية يجب الحكم بها (فرع) وقوله ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين يريد لا يجوز أداؤها وأما تحملها فمعتبر بوقت أداؤها والشهادة حال تحملها وحال أداء وانى أفرد لكل واحد منهما بابا ان شاء الله تعالى

(الباب الأول في تحمل الشهادة)

أما تحمل الشهادة فعلى ثلاثة أضرب أحدها تحمل نقلها من الأصل والثاني تحمل نقلها عن الشهود والثالث تحمل نقل حكمها عند الحماكم فاما تحمل نقلها من الأصل فعلى ضربين أحدهما أن يسمع لفظ الذي عليه الحق بالشهادة له أو اقراره والضرب الثاني أن يشهد على ما تقيده في كتاب فاما الضرب الاول وهو أن يسمع ما يشهد به فهو اذا وعاها جازله أن يشهد به ويلزمه ذلك اذا لم يقيم بالشهادة غيره وتجاوز على هذا الشهادة الأعمى خلافا لأبي حنيفة في قوله لا تجوز ما تحمل حال العمى وللشافعي في قول ولا تجوز شهادته إلا أن يكون المشهود له والمشهود عليه في يديه الى أن تؤدى الشهادة بالاشارة اليهما والدليل على ما نقوله ان كل من صح منه معرفة المقر والمقر له جازاً - تقبل شهادته

* وحدثني مالك انه بلغه
أن عمر بن الخطاب قال
لا تجوز شهادة خصم
ولا ظنين

بينهما مع العدالة كالمبصر والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت يدل على ذلك ما احتج به سحنون من انه يجوز له أن يظن أمر أنه بمعرفة صوتها ويؤيد ذلك انه يجوز له أن يحلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه قال المغيرة وابن نافع وسحنون سواء ولد أعمى أو عمى بعد ذلك (مسئلة) وأما إذا لم يبع جميع ما شهد به فان كان نسي منه ما لا يخل بمحافظ فليشهد بمحافظ وتيقنه دون ما يشك فيه وان كان نسي ما يخاف أن يكون، وثرا لم يحفظ ومغير الحكمه فلا يشهد به وهذا حكم الاقرار فممن سمع رجلا يحدث غيره بما فيه اقرار في المدونة عن ابن القاسم قال مالك في الرجل يمر بالرجلين يتكلمان ولم يشهداه فيدعوه أحدهما الى الشهادة انه لا يشهد قال ابن القاسم الا ان يستوعب كلامهما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وذلك عندي على وجهين أحدهما أن يكون لما لك في ذلك قولان أحدهما انه لا يشهد به على الاطلاق مخافة الاستغفال والتعيل على المقر والثاني انه يلزمه أداء الشهادة اذا استوعب الكلام ولم يفته ما يخاف أن يخل بالمعنى والوجه الثاني أن يكون ما قاله ابن القاسم تفسيراً لقول مالك والوجه الاول أظهر لقول ابن القاسم قول مالك الاول لا يشهد وفي الموازية عن مالك ما يقوى هذا التأويل فمن سمع رجلين يتنازعا فآقر أحدهما للآخر ولم يشهد السامع لا يشهد الا أن يكون قاذفا وقال أشهب ذنره واية فيها وهم وليشهد بما سمع من اقراره وان لم يعلم المقر له فليعلمه وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه فيما يتعلق بهذا المعنى ويرجع اليه في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في شهادة المختفي على الاقرار اذا كان المقر ممن يخاف أن يخدع أو يستضعف لم يلزمه ذلك ويحلف انه ما أقر الا لما ذكر من ذلك وأما من لا يخاف عليه ذلك وهو في الخلوة يقر ويحلف عند البينة فعسى أن يلزمه ذلك ورواه ابن المواز عن مالك قال عيسى بن دينار رأى ذلك ثابتا وسئل سحنون عن ذلك فقال حدثنا ابن وهب أن الشعبي وشريحا كانا لا يجيزان ذلك فظاهر ما جواب به من الرواية الأخذ بها في المنع واختلف قول مالك في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة فروي ابن القاسم عن مالك يمتنعان من الشهادة ولا يعجلان ان اصطلح المتداعيان والا فليؤديا الشهادة وروي عنه ابن نافع لا يرى بامتناعهما من الشهادة بينهما بأسا وقال الشيخ أبو اسحق لا تجوز شهادة الخالك بمسمع من الخصوم وكذلك شهادة من توسط بين اثنين (مسئلة) اذا سأل المستفتي فقيها عن أمر ينوي فيه ولو أقر عند الخالك أو أسر به بينة لم ينو وفرق بينه وبين أمر أنه فأتته الزوجة تسأله عن الشهادة في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يشهد عليه زاد ابن المواز ولو شهد لم ينفعه الا ان اقراره على غير الاشهاد وما أقر به من طلاق أو حرم لا رجوع له عنه ثم أنكر فليشهد به عليه وقال الشيخ أبو اسحق ولا تجوز شهادة الفقيه بما يستل عنه (فصل) وأما اذا شهد على ماتقيد في كتاب فلا يخلو أن يكون غير محتوم أو محتوما فان كان غير محتوم فعندي انه يلزمه أن يقرأ ماتقيدت به الشهادة في آخر العقد ان كان يقرأ أو يقرأ له ان كان أميا أو أعمى ليعلم بذلك موافقة تقييد الشهادة لما شهد به وان كان الكتاب محتوما ففي المعونة للقاضي أبي محمد اختلف قول مالك فممن دفع الى شهود كتابا مطويا قال اشهدوا على بما فيه هل يصح تحميلهم للشهادة أم لا وكذلك الخالك اذا كتب كتابا الى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه في ذلك روايتان احدهما ان الشهادة جائزة والاخرى انهم لا يشهدون به الا أن يقرؤه وقت تحمل الشهادة فوجه الجواز انه أشهدهم على اقراره بما في كتاب عرفوه فصح تحميلهم للشهادة

وأصله اذا قرأه عليهم واستدل القاضي أبو اسحق لذلك بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع كتابا الى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه قال ووجه المنع قوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا واذا لم يقرأوا الكتاب لم يراه وما يشهدون به فلم تجز شهادتهم
(الباب الثاني في حال أداء الشهادة)

أما حال الاداء فان كان يؤدى شهادة حفظها لحكمه أن يكون حافظا لها حين الاداء اما لانه استدأما حفظها واما لانه قيدها في كتاب يذكرها منه حال الاداء على وجه لا يشك في صحته وقد يكون ذلك في كتاب يتفقده عند نفسه وقد يكون في كتاب عقد المشهود به بعقد بما علم في الشاهد من ذلك وهذا يسميه أصحاب الوثائق عقدا استرعاء وصفته أن يكتب شهد من تسمى في هذا الكتاب من الشهداء انهم يعرفون كذا ثم يكتب الشاهد شهادته ويسلم العقد الى صاحبه المشهود له فاذا احتاج اليه ودعى الشاهد الى الشهادة لزم الشاهد أن ينظر فيه فان كان ذا كرا لجميعه ويذكر ذلك بقراءته أدى الشهادة على عموها وان ذكر بعضه شهد بما ذكر منه وان لم يذكر شيئا منه فلا يشهد (مسألة) وأما ان كان أشهد على عقد تباع أو نكاح أو هبة أو حبس أو اقرار بما لا يلزم الشاهد حفظه وانما يلزمه مراعاة تقييد الشهادة في آخره فان كان يذكره أنه أشهد عليه ويعرف خطه ولا يسترى بشي من الكتاب في محو ولا بشر ولا الحاق فليؤد الشهادة وعلى الحاكم أن يعمل بها وان استرأب بشي فلا يشهد لانه شاك فمأشهد على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه وان لم يذكر الشهادة فان ميز خطه ولم يذكره أنه أشهد ولا أنه كتبه فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عرف خطه ولم يذكر الشهادة ولا شيئا منها فان لم يكن في الكتاب محو ولا ريبه فليشهد بهما وان كان في الكتاب محو فلا يشهد ثم رجع فقال لا يشهد وان عرف خطه ثم يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل منها على أكثرها قال ابن حبيب بالأول أقول ولا بد للناس من ذلك وبه قال ابن الماجشون والغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن عبد الحكم وابن وهب وقال ابن القاسم وأصبغ بقوله الآخر (مسألة) وأما اذا ذكره كتب شهادته وعرف خطه الا أنه لا يذكر ما فيه في المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يشهد بها ولكن يؤدونها كما علم ولا يحكم بها وقال سحنون في العتية اذا عرف خطه في كتاب لا يشك فيه ولا يذكر كل ما في الكتاب فقد اختلف فيه أصحابنا وقوله انه لم يرفى الكتاب محو ولا لحقا ولا ما يستنكره ورأى الكتاب خطأ واحدا فليشهد بما فيه وان لم يذكر من الكتاب شيئا ولا يجد الناس من هذا بدا (فرع) اذا ثبت ذلك فصفاة الاداء الشهادة قال ابن القاسم عن مالك في المدونة لا يشهد بها ولكن يؤدونها كما علم ففرق بين الاداء والشهادة فكأنه أشار بالشهادة الى ما يعتقد أنه كامل ويورده ليعمل به وأشار بالاداء الى الاخبار بما عنده وانه غير كامل فلا يعمل به وقال أشهب عن مالك في العتية في شهادة من رأى خطه في كتاب ولا يذكرها يرفعها الى الامام على وجهها وليقبل هذا كتاب شبه كتابي وأظنه اياه ولا أذكر شهادة ولا أنى كتبها يحكى ذلك ولا يقضى بها وان لم يكن في الكتاب محو وعرف خطه فقد يضرب على خطه وقال ابن الماجشون في الواخعة يشهد الذي لا يعرف الا خطه فيقول ان ما فيه حق وذلك لازمه وان ذكر الحاكم أنه لا يعرف من الشهادة شيئا وقد عرف خطه ولم يرتب في شيء فلا يقبلها وقال سحنون يقول أشهد بما في هذا الكتاب وهذا أمر لا يجد الناس منه بدا ولو أعلم القاضي بذلك رأيت أن يجيز شهادته اذا عرف أن الكتاب خط يده قال وجيع أصحابنا يقولون شهادته جائزة وهذا عندي هو الأظهر لانه لا يشهد بذلك حتى

يعرف خطه معرفة صحيحة لا يشك فيها وقد قال ابن نافع اذا لم يعرف عدد المال فذلك الى الامام يعرفه
 الشاهد بأنه لا يعرف ذلك وما أرى ذلك ينفع وقاله ابن وهب عن مالك في العتية يقضى القاضي
 بشهادته وان لم يشهد عنده على عدة المال وروى ابن القاسم عن مالك اذا لم يعرف عدد المال
 ردت شهادته وان ذكر أنه قد كان أشهد مع معرفة خطه وهذا عندى انما هو الخلاف فحين قيد
 شهادته باسترعاء على معرفته بمال وعدده أو غير ذلك من الحقوق ثم نسي فهذا يحتمل الخلاف
 المذكور لانه لا يجوز له أن يقيد شهادته الا على معلوم عند تقييد شهادته فاذا نسي بعد ذلك تيقن
 مانص منه العقد أو بعضه وذكر تقييده للشهادة وعرف انه لم يوقعها الا على معلوم احتمل الوجهين
 أحدهما جازة شهادته لانه متيقن صحتها والثاني رد شهادته لانه عند الاداء غير ذا كره وقد قال أبو زيد
 عن ابن القاسم اذا عرف خطه وأثبت من أشهده في دار الا انه لا يذكر انما التي في هذا الكتاب
 لا يشهد حتى يثبت ما في هذا الكتاب حرفا حرفا وهذا يدل على انه عقد استرعاء وأما ما شهد فيه من
 العقود فقد قدمنا انه لا يلزمه تصفحه ولا قراءته ولا يتصفح منه الا موضع التقييد للشهادة ولذلك شهد
 على الحكم بالسجلات المطولة التي فيها الأوراق ولا يقرأ الا في المدد الطوال مع القدرة على ذلك
 والتفرغ له وربما اجتمع النفر الكثير للشهادة منه وان لم يكن كل انسان قراءته ونصحفه وتحفظه لتعذر
 الاشهاد فيه واذا ثبت انه لا يلزمه قراءته ولا معرفة ما فيه حين تقييد شهادته فبأن لا يلزمه ذلك حين
 الاداء أولى وما احتج به من قوله وما شهدنا الا بما علمنا غير لازم انه اخبار عن شهادة معينة ولا يقول
 أحدان الشهادة بالمعلوم غير جائزة وانما الخلاف في الشهادة بما لم يعلم والآية لا تتضمن حكما هذا أيضا
 فاننا نقول بموجب ذلك فان الشاهد انما يشهد بما علمه من صحة تقييده الشهادة في العقد على الوجه
 اللازم في ذلك (مسئلة) ومن حكم اداء الشهادة أن يشهد بما يعلم ويقطع به فان شك في شيء لم يشهد
 به قاله مالك في المجموعة وأما من دعى الى شهادة فلم يذكرها زاد ابن القاسم فقال عند القاضي
 لا أذكرها ثم ذكرها قال ابن القاسم ثم عاد بعد أيام فشهد في الموازية عن مالك يقبل منه ان كان
 مبرزا لانيهم ولم يمر من طول الزمن ما يستنكر قال سحنون في المجموعة ان قال آخر وفي لا تفكر وانظر
 جازت شهادته ان كان مبرزا وان قال ما عندى علم ثم رجع فأخبر بعلمه فقد اختلف فيه عن مالك
 وأجازها ابن نافع في المبرز في القرب وجه اجازتها انه انما أخبر بان لا علم له عنده في ذلك الوقت وذلك
 لا ينفي أن يكون علم ذلك قبله فاذا تذكر بعد ذلك ما تقدم علمه به جازت شهادته كما لو تقيدت شهادته
 في عقد أشهد عليه فان أكثر الناس ينسى ذلك فاذا وقف على العقد ورأى خطه يذكر شهادته وجاز
 أدائها ووجه القول بردها ان قطعه بنى علمه ظاهره انه ليس عنده أصل ولا سبب يتذكر منه قال
 ابن حبيب انما هذا اذا سئل عند الحاكم أو سئل المريض عند نقلها عنه فأما في غير ذلك الوجهين
 فلا يضره ذلك (فرع) فاذا قلنا بردها شهادته فقد قال ابن المواز عن أشهب ان قال كل شهادة أشهد
 بها بينكم لا يضره ذلك وليشهد وقال ابن حبيب من قال خصم ما شهد عليك بشئ ثم شهد عليه
 يقبل ذلك منه ولا يضره القول الأول وان كانت عليه بينة وهذا عند الحكم ومعنى ذلك عندى انه اذا
 وعده أن لا يقيم عليه الشهادة ثم رجع عن ذلك الى الواجب من اقامتها عليه أو يكون نسي الشهادة
 ثم ذكرها فاذا اها والله أعلم وأحكم قال الشيخ أبو اسحق من شهد وحلف لم تقبل شهادته وأما محل نقل
 الشهادة عن الشهود في بابان * أحدهما نقلها عن شهداء معينين * والباب الثاني في نقلها عن
 شهداء غير معينين

(الباب الأول في نقل الشهادة عن معينين)

فأما نقلها عن المعينين فيجب أن يكون ممن ينقل عنه متيقنا لما أشهد به غير شاك في شيء منه فنشك في ذلك أو نسيه لم يصح نقلها عنه قاله مالك في المجموعة (مسألة) ومن سمع شاهدا ينص شهادته لم يجز أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك ووجه ذلك أن المخبر قد ترك التعرز والاستيعاب للشهادة والمؤدّي للشهادة تعرز فيها ويؤدّيها أداء يقتضي العمل بها وأداء الشاهد شهادته إلى من ينقلها عنه كادائها إلى الحاكم ولو أن الحاكم سمع منه ينص عليه ولا يؤدّي الشهادة عنده لم يكن له العمل بها فكذلك الناقل لها عنه (فرع) ومن سمع شاهدا يشهد على شهادة غيره ولم يشهده فقد قال ابن المواز لا يشهد على شهادته واحتج إليه بخلاف المقر على نفسه ويحتمل دنا عندي الخلاف الذي بين أصحاب مالك فبين سمع رجلا شهد عند قاصر بشهادة ثم مات القاضي أو عزل فقال أشهد في المواز به لا ينقل الشهادة وقال مطرف في الواضحة ينقل ذلك إذا سمع منه يؤدّيها عند ذلك الماضي وتكون شهادة على شهادة قال أصبغ لا يجوز ذلك حتى يشهده أو يشهد على قبول القاضي لتلك الشهادة (مسألة) قال أصبغ لا يجوز ذلك وإنما يصح نقل الشهادة عن الشاهد الغائب أو المريض الحاضر إذا كانت غيبة الشاهد بعيدة حكاه ابن المواز إلا المرأة فإنه ينقل شهادتها وإن كانت حاضرة صحيحة رواه ابن حبيب عن مطرف قال ولم أر بالمدينة قط امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم ولكنها تحمل عنها ووجه ذلك أن يلزمها من السرعة عند إسقاط فرض الجمعة فأباح تحمل الشهادة عنها كالمرض (فرع) وأما الغيبة القريبة كالأيومين والثلاثة وأما من كان بين موضعه وموضع القاضي مسيرة يومين أو ثلاثة فإنه لا يلزمه أدائها عند ذلك القاضي ويصح نقلها عنه وفي كتاب ابن سحنون عن أبيه إذا كان الشاهد على مثل ما تنقص فيه الصلاة الستين ميلا ونحوها لم يشخص الشهود من مثل ذلك ويشهد عنده من يأمر به القاضي في ذلك البلد ويكتب بما أشهدوا له به عنده إلى القاضي قال ابن المواز وإنما ينقل عنهم الشهادة إذا بعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بأثر غيبتهم يريد الله أعلم أنه بأثر غيبتهم على مسافة قريبة ولا يؤمن رجوعهم (فرع) وأما من كان على ريد أو ريدن فإنه يؤدّي شهادته عند الحاكم فإن كان الشهود أغنياء يجدون نفقة وركو بافقدوا سحنون لا يقوم لهم بذلك المشهود له فإن فعل سقطت شهادتهم قال ابن حبيب عن مطرف وذلك إذا كان أمر أخفيا فإن كثرت أجزؤه ووجه ذلك ما فيه من الرشوة والمنفعة التي لا تلزم المشهود له ويلزم الشاهد لما عليه من أداء الشهادة والقيام بها قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عز من قائل ولا تسكنوا الشهادة ومن يكتسبها فإنه آثم قلبه فإن لم يجد الشهود نفقة ولا مراكبوا جاز للشهود له أن يقوم بها ووجه ذلك أنها مؤنة لا تلزم الشهود فلم تبطل شهادتهم تكليف المشهود له كسائر نفقاته وكذلك لو استهض الشهود إلى مسافة بعيدة ليعانوا حدود أرض وصفها فقد قال مطرف لأبأس أن يركبوا دواب المشهود له ويأكلوا طعامه وروى ابن سحنون عن أبيه من سأل ابن حبيب في الشاهد يأتي من البادية يشهد لرجل فينزل عنده في ضيافته حتى يخرج لا ترد بذلك شهادته إذا كان عدلا وهذا أخف من ريدان هذا أمر معتاد دون مكارمة مشروعة يتقارض فيها الناس ولعل هذا الأمر قد كان جرى بينهم قبل هذا

(فصل) ومما يتصل بالشهادة على الشهادة على خط الشاهد فالشهود من قول مالك لا تجوز

الشهادة على خط الشاهد رواه محمد بن المواز واختاره وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والموازية تجوز الشهادة على خطه ولا يجزئ من ذلك أقل من شهادة شاهدين ويحلف الطالب ويستحق حقه وقاله معنون وقال أصبغ الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية في الحكم بها واحتج ابن المواز للنوع من ذلك بأن الشهادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه ينص شهادته تلك ولا يسوغ نقل الشهادة عنه (فرع) فإذا قلنا بجواز الشهادة على خط الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد قاله أصبغ ووجه ذلك انها شهادة مختلف في صحتها نائمة الرتبة كاليمين مع الشاهد (مسألة) وأما الشهادة على خط المقر فقد قال ابن المواز لم يختلف قول مالك في الشهادة على خط المقر وهو بمنزلة أن يسمع المقر ينص اقراره فتصح الشهادة عليه وان لم يأذن في ذلك وقال الشيخ أبو القاسم فيهار وايتان احدهما الجواز والأخرى المنع وجه المنع ما قاله ابن عبد الحكم لا يرى أن يقضى بالشهادة على الخط بما أحدث الناس من الضرب على الخطوط وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضي ورأى مالك أن لا تجوز (فرع) فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر فهل تلزمه اليمين مع هذه الشهادة قال الشيخ أبو القاسم فيهار وايتان احدهما يحكم له بمجرد الشهادة والثانية لا يحكم له حتى يحلف فيستحق حقه وجه القول الأول أنها شهادة كاملة تتناول الاقرار كالشهادة على لفظ المقر (فرع) فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر فلم يشهد له عليه الا شاهد واحد فقد قال الشيخ أبو القاسم فيهار وايتان احدهما يحكم له بالشاهد واليمين والثانية لا يحكم له بذلك وجه الرواية الاولى انها شهادة على ما ثبت به اقرار المقر بالمال فأشبهت لفظ الشهادة ووجه الرواية الثانية انها شهادة لا تتناول المال وانما تتناول معنى يجزئ له كالشهادة على الوكالة في المال والشهادة على الشهادة

(الباب الثاني في نقل الشهادة عن غير معينين)

أما نقل الشهادة عن غير معينين وهي الشهادة على السماع فهي جائزة عند مالك وهي مختصة بماتقادم زمنه تقادم ما يبيد فيه الشهود وتنسى فيه الشهادات قال القاضي أبو محمد ويختص بما لا يتغير حاله ولا ينقل الموت فيه كالموت والنسب والوقف المحرم فأما الموت فأنما يشهد فيه على السماع فإبعد من البلاد وأما ما قرب من البلاد أو الشهادة ببلد الموت فأنما هو شهادة على البت والقطع وما تقرر من العلم وان كان سبب هذه الشهادات السماع الآن لفظ شهادة السماع أنما ينطلق عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد ولذلك لا يؤدى شهادته على أنه سمع سماعاً فاشياً ما ينص منه من شهادته وأما اذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم فأنما يشهد على علمه فيقول أشهد أن فلان مات وان فلان ابنه يرثه فلا يطلقون على هذا النوع شهادة سماع (مسألة) وأما الشهادة على السماع في النسب والولاء فقد قال ابن المواز اختلف قول مالك في شهادة السماع في النسب والولاء فأكثر قول مالك وابن القاسم انه يقضى له بالولاء والنسب وفي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يقضى له بالميراث ولا يجزئ بذلك ولواء ولا يثبت له نسب الا أن يكون أمراً نشراً مثل أن يقول أشهد أن نافع مولى ابن عمر فثقل هذا يجزئ به الولاء والنسب يريد اذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم فيشهد على علمه ولا يضيف شهادته الى السماع وفي آخر المسئلة قيل لابن القاسم أفنشهد أنك ابن القاسم ولا نعرف أباك والانك

ابنه الاب بالسماع قال نعم يقطع بهذه الشهادة ويثبت بها النسب ويبين ذلك ما قاله سحنون في كتاب
ابنه لا يجوز على النسب الا شهادة على شهادة أو من جهة تواتر الخبران هذا فلان بن فلان مثل سالم بن
عبدالله وسعيد بن المسيب فيثبت بهذا ان الشهادة على السماع غير الشهادة بالعلم الواقع بالخبر المتواتر
وقال القاضي أبو محمد في معونه ان الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر ولعله أراد أن ما بينهما
من جنس واحد في السماع من عدد غير محصور لأنه قال يقول الشاهد في أداء الشهادة لم أزل أسمع
أن فلان بن فلان غير أنه لم يشترط أهل العدل فبين سمع منهم فلم تختص المسئلة على مذاهب شيوخنا
والله أعلم (فرع) واذا شهد للمرأة بضرر زوجها في العتية من رواية أصبغ عن ابن القاسم أن
ذلك جائز بالسماع من الأهل والجيران وقد تقدم ذكر ذلك في الخلع وفي النوادر عن حسين بن عاصم
قال ابن القاسم لا تجوز شهادة السماع الا عن العدول الا في الرضاع فيجوز أن يشهد العدول عن ليف
القرابة والأهل والجيران وان لم يكونوا عدولا كالنساء والخدم فهذا أيضا يحتاج الى تأمل ونظر وهو
يحتمل وجهين أحدهما أن يشهد بذلك رجلان فيجب أن يشهدا بعلمهما على ماتفر عندهما من
الخبر المتواتر الذي لا يراعى فيه عدالة ولا اسلام والوجه الثاني أن يريد بذلك شهادة النساء على فشو
هذا المعنى مع شهادة امرأتين على الرضاع وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى
(فصل) وقد تقدم الكلام في شهادة السماع بالولاء والمواريث وقد تقدم من ذكر القاضي أبي
محمد ان ذلك فيما لا ينتقل كالولاء والنسب والوقف المؤبد وذكر في شهادة السماع بالنكاح قولين
قال فوجه قوله في النكاح انه يقبل فيه انه ثابت لا يتغير اذ مات أحد الزوجين فأشبهه الولاء والوقف
المؤبد ووجه قوله لا يقبل فيه ان أصله غير مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة
على الاملاك والذي تقدم من قول مالك ان شهادة السماع يقطع بها في الولاء والنسب والصدقات
التي طال زمنها والصدقات تكون على غير وجه الوقف وفي كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجنشون عن مالك تجوز شهادة السماع فيما تقدم عهده من الاثرية والحيازات والصدقات
والاحباس وشبه ذلك وهو الذي ذكره ابن القاسم عن مالك في المدونة وجه ذلك انها أمور تتقدم
ويشهدون بها فصحت الشهادة فيها على السماع كالأحباس ولا بن القاسم في الموازية وغيرها في غائب
قدم أقام بيته على دارها لأبيه أو جده وأثبت المواريث فأتى من هذه في يده بيته على السماع انهم لم
يزالوا يسمعونهم أو من نقلوا عنه من العدول انها لأب الحائز أو لجدته بشرائه من أب القاسم أو جده أو
بصدقة ما خرجت عن ملكه حتى مات وورثها ورثته ويذكرون ورثة كل ميت انه يقضى بشهادة
السماع ويكون أحق بها فان قالوا نعم انها بيد أبيه أو جده لا يعلمون بماذا لم تتم الشهادة وقاله مالك
وأشهب (فرع) وأما النكاح ففي العتية عن سحنون قال جل أصحابنا يقولون في النكاح اذا انتشر
خبره في الجيران ان فلانا تزوج فلانة وسمع الزفاف فله أن يشهد أن فلانة زوجة فلان زاد محمد بن
عبد الحكم ولم يحضر النكاح وكذلك في الموت يسمع النياحة وربما لم يشهد الجنازة فاذا كثرت
القول بذلك في شهدان فلان مات ولم يحضر الموت وكذلك النسب وكذلك القاضي يولى المصر ولا
يحضر ولا يته الا بما يسمع من الناس وربما آه يقضى بين الناس فليشهد انه كان قاضيا وقد يجوز
أن يشهد قوم على امرأة انها زوجة فلان اذا كان يجوزها بالنكاح وان كان تزويجها اياها قبل ان
يولد الشهود فهذه الشهادة أدخلها شيخنا في باب الشهادة على السماع لما كان السماع سببا وانما هي
شهادة بالعلم ولذلك لا يضيفها الشاهد الى سماعه وانما هي شهادة بالعلم يضيفها الى علمه (فرع) اذا

ثبت ذلك من شرط شهادة السماع أن يقولوا سهواً عما فاشيا من أهل العدل وغيرهم قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا تصح شهادة السماع حتى يقول من أهل العلم وغيرهم وقال ابن المواز قالا ولا يسمو من سمعوا منه فإن سمعوا خرجت عن شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة وقاله ابن القاسم وأصبح (فرع) ويجزى في الشهادة على السماع رجلاً وما كثر أحب إلينا قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك قال ابن القاسم في المجموعة إذا شهد رجلان على السماع وفي القبيل مائة من أنسابهم لا يعرفون شيئاً من ذلك فلا تقبل شهادتهم إلا بأمر يفسو ويكون عليه أكثر من اثنين إلا أن يكونا شيعين قديمين قد باد جيلهما فاقبوز شهادتهما (فرع) وإذا قلنا إن شهادة السماع تختص بماتقادم من الزمان فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون تجوز في الخمس عشرة سنة ونحوها لتقاصر أعمار الناس قاله أصبح وقال ابن القاسم عن مالك لا تقبل في الخمس عشرة سنة شهادة على السماع إلا بماتقادم

(فصل) وأما قوله ولا ظنين فروى ابن مزين عن يحيى بن سعيد أنه المتهم الذي يظن به غير الصلاح وقال ابن كنانة في المجموعة هو المتهم فكل من اتهم في شهادته بميل لم يحكم بهما وإن كان مبرزاً في العدالة الآن التهمة التي يتعلق بهارداً الشهادة على قسمين أحدهما الجرم المال والثاني لدفع المعرفة أما القسم الأول في جرم المال فإنه على ضربين أحدهما أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب في كثرة ماله والضرب الثاني أن يشهد لمن يناله معروفه فأما من يشهد لنفسه فلا يخلو أن تكون الشهادة له خاصة أو له ولغيره فإن كانت الشهادة له خاصة فهذا الإخلاف في أن شهادته غير جائزة لأن شهادته لنفسه هي مجرد الدعوى ولا خلاف أنه لا يحكم أحد بدعواه (مسألة) وأما أن يشهد في حق مشترك بينه وبين آخر فقال ابن وهب عن مالك في رجلين لهما مال على رجل فشهد أحدهما بنصف المال لصاحبه إن شهادته مردودة ووجه ذلك أنه إذا كان المال بينهما مشتركاً فإن النصف الذي لشريكه غير متعين ولو قبضه شريكه لسأله فيه فقد عاد الأمر إلى أنه يشهد لنفسه فإن اقتسم الحق قبل الشهادة جازت شهادته لأن ما شهد به ليس له فيه حق (مسألة) ولو شهد شهادة له فيها حق فلا يخلو أن تكون وصية أو غير وصية فإن كانت وصية وكان له فيها مال كثير لم تجز شهادته ولا لغيره وإن كان يسيراً فعن مالك في ذلك ثلاث روايات أحداها لا يجوز له ولا لغيره وهذا قال ابن عبد الحكم والثانية لا يجوز له ويجوز لغيره وهذا قال ابن الماجشون والثالثة وهي رواية المدونة يجوز له ولغيره وهذا قال مطرف ووجه الرواية الأولى أنه يشهد له بحق له فيه حظ فلم تقبل شهادته كسائر الحقوق من غير الوصية ووجه الرواية الثانية أن التهمة بما تختص به ولا تهمة في شهادته لغيره فتبطل شهادته له وتصح لغيره ووجه الرواية الثالثة أن كل شهادة لم تبطل بعضها تهمة فإنه لا يبطل جميعها كالأول كانت الشهادة لغيره ودونه (فرع) فإذا قلنا يجوزها في القليل فكذلك القليل الذي يجوز فيه في الموازية عن مالك في شاهدين أو وصي الیهما رجل وأشهدهما في ثلثه إن ثلثه للساكنين وثلثه لغيره وثلثه لهما هذا يسير ويجوز لهما ولغيرهما قال محمد معناه إن كان المال كثيراً عماله بال فلا يجوز له ولا لغيره (مسألة) فإن شهد في غير وصية لحق له ولغيره فالشهور من مذهبننا لا يجوز له ولا لغيره وفي كتاب ابن المواز من شهد بشهادة له فيها حق ولغيره لم تجز شهادته إلا أن يكون الذي له يسير جداً وكذلك لم يثبت عليه فإذا قلنا بالرواية الأولى فالفرق بين هذا وبين الوصية إذا أجزأها أن المتوفى متيقن انتقاله عن ملكه ولا يدخل في ملك الورثة إلا بعد سلامته من الوصية ووقت

انتقاله الى الورثة والى الموصى له به واحد وهو وقت وفاته فلم تتناول الوصية اخراج شئ عن ملك
مقرر وانما تناولت توجهه الى جهة مستحقة بعد زوال الملك عنه وليس كذلك الدين فانما شهد به
في حال الحياة وتقرر ملك المشهود عليه فجاز أن يؤثر في الوصية بالمال لا يؤثر في الدين لضعف حال
الملك المستحق عليه الوصية وفوته في الدين ولذلك لو شهد على ميت انه أوصى لغير معينين لحكم
الورثة ولو شهد على حي انه وهب ماله لغير معينين لحكم عليه (مسئلة) وأما من يرغب في كثرة
ماله فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يرغب في كثرة ماله للشفقة والقربة والوجه الثاني
لما يختص بالشاهد من المنفعة فأما الوجه الأول فكشهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء وروى ابن
نافع عن مالك في المجموعة انه قال ويدخل في قول عمر لا تجوز شهادة الأبوين
للولد وأحد الزوجين للآخر وهذا مذهب علماء الأمصار وروى عن من لا يعتد بخلافه تجوز شهادة
الآباء للأبناء والأبناء للآباء والدليل على ما نقوله حديث عمر هذا وقد اتفق العلماء على تصحيحه
والأخذ به ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالأبناء ومحبة الأبناء في الآباء ولأن الإنسان انما ترده شهادته
لنفسه للثمة ومن الناس من تكون محبته لبنية تر بو على محبته لنفسه أو تقار بها فيجب أن لا تجوز
شهادته اه وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون انه لا تجوز شهادة ابن الملا عنة لمن نفاه ووجه ذلك
انه يهتم على أنه يريد استمالته ليستلحقه والله أعلم (مسئلة) وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجنون عن مالك قال الذي لا تجوز شهادتهم من ذى القربة الأبوان والجد والجددة والولد وولد
الولد من كور واث وأحد الزوجين للآخر وتجاوز شهادة من وراء هؤلاء من القربات وهذا
يقتضى جواز شهادة الأخ لأكبيه وابن أخيه وهي رواية ابن القاسم في المدونة وقال غيره من أصحابنا
لا تجوز على الإطلاق وانما يجوز على شرط واختلف أصحابنا في الشرط ففي كتاب ابن المواز
لا تجوز شهادته له الآن يكون مبرزا وقيل يجوز اذا لم تنله صلته وقال أشهب يجوز في اليسردون
الكثير الآن يكون مبرزا فيجوز في الكثير ووجه ذلك أن قرابة الأبوة والبنوة آكد والتهمة
فيهم أقوى وجرت العادة ببسط هؤلاء في مال بعض وكذلك الزوجة فان الزوج ينفق على الزوجة
وينبسط في مالها والأخوة لا تبلغ ذلك المبلغ ولا يخلف في الأغلب من الاشفاق والحرص على الغنى
فلذلك روعي في الأخوة أحد الشروط المذكورة والله أعلم وأحكم وفي الموازية والمجموعة لا تجوز
شهادة القربة والموازي في الرباع التي يهتمون بجرها اليهم أو الى بنهم اليوم أو بعده مثل حبس
مرجعه اليهم أو الى بنهم قاله ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولا تجوز شهادة الرجل لابن امرأته
وللابنها وكذلك المرأة لابن زوجها قاله ابن القاسم وكذلك شهادة الرجل لزوج ابنته وللزوجة ابنة
رواه عيسى عن ابن القاسم وقال سحنون ذلك جائز وجه قول ابن القاسم ان من لا تجوز شهادته
له فلا تجوز شهادته لمن لا تجوز شهادته له لان التهمة قوية في منفعه ووجه قول سحنون ما احتج به
من ان من كان وفرا والشاهد وغناه غنى له ردت شهادته له لان التهمة قوية في منفعه وأما من
ليس غناه غنى للشاهد فان شهادته له جائزة
(فصل) وأما من يرغب في غناه لمنفعته فالزوج والزوجة والأب يجب على ابنه الاتفاق عليه أو أجبر
ينفق عليه لان من نفقته عليه اذا شهد له جرائ نفسه بذلك نفعه والزوجة تنبسط في مال زوجها فتجبر
الى نفسها بذلك نفعها
(فصل) وأما الضرب الثاني وهو أن يشهد لمن يناله منه معروف فان ذلك على وجهين أحدهما أن

يكون المعروف متكررا معتادا والوجه الثاني أن يكون المعروف متعينا فأما المعروف المعتاد فان اقترنت به القرابة كالأخ يكون في عيال أخيه أو تحت نفقته أو يتكرر عليه معروفه فهذه تهمة توجب رد شهادته وأما الصديق الملائف الذي يناله معروف من يشهد له فعن مالك في ذلك روايتان احدهما ان شهادته مقبولة والثانية انها مردودة فان قلنا انها مقبولة فالفرق بينه وبين الأخ ان المعروف يقترن بالاخوة والقرابة فتقوى التهمة وفي مسئلتنا انما هي مجرد المعروف ولا يمنع ذلك قبول الشهادة لان الغنى وذا المعروف لو لم تقبل له الاشهادة من لا يناله معروفه لردت له شهادات أكثر الناس ولا تضي ذلك منعه معروفه ووجه الرواية الثانية ان هذا ممن يناله معروفه ويتكرم عليه فلم يقبل له شهادة كالأخ (مسئلة) وأما المعروف المعين فعلى ضربين أحدهما أن يكون مستداما والثاني أن يختص بوقت الشهادة فأما المستدام فكشهادة العامل رب المال قال سحنون في العتبية وغيرهما ان كان شغل المال في سلع فشهادته مقبولة وان كان عينا فشهادته مردودة وروى عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب في العتبية ان كان عينا فشهادته مقبولة وان كان معدوما فشهادته مردودة ووجه قول سحنون انه اذا شغل المال لم يكن لصاحبه أخذه منه فارتفعت التهمة وما يتوقع من أخذه من يده في المستقبل ضعيف في التهمة لبعدها ومدومه ووجه قول ابن وهب ان كون المال بيد العامل وجه لكسبه فيهم في شهادته ان كان محتاجا الى بقائه بيده لفقده وبعد التهمة مع غناه لاستغنائه عن ماله (مسئلة) فان كان للشهود له على الشاهد دين فقد قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون ان كان غنيا قبلت شهادته وان كان فقيرا ردت شهادته زاد مطرف وابن الماجشون لانه كالأسير في يده فان كان الدين حالا أو قد قرب محله فهذا حكمه وان كان الى أجل بعيد فيجوز على مذهب سحنون ان شهادته له جائزة وعلى قول ابن وهب ان شهادته مردودة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى الغنى عندي في هذه المسئلة أن لا يستضر بأزاله هذا المال عنه فاما ان كان عنده وفاء به ولا مال له غيره فانه فقير ترد شهادته لان الضرر العظيم يلحقه بتعجيل قبض الدين منه وله منفعة عظيمة في تأخير به فكان ذلك يشبه قوته في رد شهادته

(فصل) وأما ما يختص بوقت الشهادة فان يقصد حين أداء الشهادة الى أن يعطيه أو يصله أو يهبه أو يحاييه في بيع أو شراء قال هذا كله يوجب رد الشهادة للقريب والبعيد وبالله التوفيق

(فصل) وأما القسم الثاني من التهمة لدفع المعرة فمثل أن يعدل الرجل ابنه أو أباه فهذا اذا لم يكن في نقل الشهادة فلا خلاف ان التعديل غير مقبول لانه مستجلب بشهادته الجاه والرفعة وأما ان كان في نقل شهادة فقد قال ابن الماجشون في الواخعة والمجموعة ان كان مقصوده نقل شهادة ولو ابتغى تعديله من غير هذا الناقل لوجد ذلك فان التعديل مقبول وان كان يتعذر من غير هذا الوجه فالتعديل مردود وقال سحنون ومطرف لا يجوز تعديله له بوجه وجه قول ابن الماجشون ان هذا التعديل انما حقيقته الاعلام بخبره فاذا كان مشهورا بالصلاح والخير يزكى من غير وجه فلا تهمة تلحق في ذلك ووجه قول سحنون ان تعديل الأب ابنه لا يجوز لانه لا يجوز أن يشهد له بيسير المال وما يوجد تعديده من الجاه والرفعة أكثر من المار فبان لا يجوز شهادته له به فشهادته له أولى (مسئلة) وأما تعديل الأخ أخيه الذي تقبل شهادته له في المال فقال ابن القاسم يجوز تعديله وهو في العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب تعديله مردود ووجه القول الأول ما أشار اليه من ان من جازت شهادته له في المال جاز تعديله له كالأجنبي وجه الرواية الثانية ان تعديله به شرف وجاه يتعدى اليه بخلاف

﴿ القضاء في شهادة المحدود ﴾

﴿ القضاء في شهادة

المحدود ﴾

* قال يحيى عن مالك أنه

بلغه عن سليمان بن يسار

وغيره أنهم سئلوا عن

رجل جلد الحد أن تجوز

شهادته فقالوا نعم إذا

ظهرت منه التوبة

* وحدثنى مالك أنه سمع

ابن شهاب يسأل عن ذلك

فقال مثل ما قال سليمان بن

يسار * قال مالك وذلك

الأمر عندنا وذلك لقول

الله تبارك وتعالى والذين

يرمون المحصنات ثم لم

يأتوا بأربعة شهداء

فاجلدوهم ثمانين جلدة

ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا

وأولئك هم الفاسقون الا

الذين تابوا من بعد ذلك

وأصلحوا فان الله غفور

رحيم * قال مالك فالأمر

الذى لا اختلاف فيه عندنا

ان الذى يجلد الحد ثم

تاب وأصلح تجوز

شهادته وهو أحب

سمعت الى في ذلك

ص * قال يحيى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره أنهم سئلوا عن رجل جلد الحد أن تجوز شهادته فقالوا نعم إذا ظهرت منه التوبة * مالك انه سمع ابن شهاب يسأل عن ذلك فقال مثل ما قال سليمان بن يسار * قال مالك وذلك الأمر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم * قال مالك فالأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته وهو أحب ما سمعت الى في ذلك * ش قوله أنهم سئلوا عن رجل جلد الحد تجوز شهادته لفظ عام في الحدود التى يجلد فيها من الزنا وشرب الخمر والقذف الا ان اراده ههنا يحتمل وجهين أحدهما أن يرده جلد على عموه ثم يستدل على نوع منه بالنص وهو في حد القذف فيجعله أصلا لجميع الجنس والثاني أن يرده القذف وحده وبقية صدد بيان حكمه بالآية التى أوردناها خاصة في حد القذف وكل ما يوجب الجلد حدا يوجب التفسير ويترتب عليه رد الشهادة لان الفسق ينال في قبول الشهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون فكل من قذف المحصنات ولم يثبت ما قذف به وجب عليه حد ذلك القذف ووجب رد شهادته به والحكم بفسقه في الظاهر اليان والله أعلم بحاله فقد يكون صادقا في فذفه أو مشتبه عليه في أمره (مسئلة) ومتى يحكم رد شهادته اختلف أصحابنا في ذلك فقال ابن القاسم وأشباهه وسعنون من المجموعة وكتاب ابن سعنون لا ترد شهادته حتى يجلد وقال عبد الملك في الكتابين ترد شهادته ان عجز عن اثبات ما ادعاه وحق عليه القذف ولو تاب بعد ذلك لقبلت شهادته قبل الجلد وبعده وجه قول ابن القاسم انه انما يتم الحكم عليه بكونه قاذفا بان يكمل الجلد فأما قبل ذلك فلو أقر القذف وثبت عليه ما قذف به لسقط الجلد لان طريقة النكال ويخرج بذلك عن أن يكون قاذفا وذلك يمنع التفسير به ووجه قول ابن الماجشون أن الحكم عليه بذلك يتم بعجزه عن اثبات ما قذف به والحد بعد ذلك تطهير له فلا يتعلق به رد الشهادة كالكثرارة (مسئلة) وأما ما يوجب النكال والتعزير دون الحد فقال ابن كنانة في المجموعة فممن كانت حاله حسنة فوجب عليه نكال الشتم أو نحوه فلا ترد بذلك شهادته وأما من ليس بمشهور العدالة الا انه مقبول وأتى بالأمر العظيم مفايه النكال الشديد فلينظر في هذا وانما يعرف هذا عند نزوله ومعنى ذلك ان منه ما ترد به الشهادة ومنه ما لا ترد به الشهادة فينظر في ذلك عند وقوعه على قدر الشاتم وقد مرأتى به وعلى حسب ذلك يعمل في رد شهادته وامضاهوا باله التوفيق

(فصل) وقوله ان الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح حاله تجوز شهادته يريدان ذلك مذهب أهل المدينة ان من جلد في حد وجب عليه من قذف أو غيره ثم تاب وأصلح تجوز شهادته ولا يمنع من ذلك ما تقدم من جلد الحد به قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تقبل شهادته أبدا والدليل على صحة ما نقوله ما احتج به من الآية وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات

ثم لم يأتوا بأربعة شهداء إلى رحيم فاستثنى من تاب بعد ذلك وذلك يقتضى أن من تاب فإن هذه الأحكام كلها ترفع عنه إلا ما خصه الدليل لأن الاستثناء متعقب لجميعها (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن كان من أهل الفسق فيعرف صلاح حاله بالأقلاع عن حال الفسق والتزام أحوال العدالة فإن كان من أهل العدل والصلاح فالزيادة فيه حتى يعرف زيادة صلاح حاله قال ابن كنانة في المجموعة إذا كان يعرف بالصلاح فعرفه ظهور التزديد بطول وليس لمن كان معلنا بالسوء لأن من عرف بالخير لا يتبين مزيد فيه إلا بالتزدداد فيه وقال مالك في المدونة وقد كان ههنا عمر بن عبد العزيز وكان رجلا صالحا فلما ولي الخلافة ازداد خيرا وصلا (مسئلة) وليس من شرط توبته ولا مؤثر في قبول شهادته رجوعه عن فقهه وإنما يعتبر في ذلك بصلاح حاله رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة قال ولا يقول له الإمام تب ولو قال تب لم ينفعه ذلك ولو قال لا أتوب لم يضره ذلك لأن قول الإنسان تب لا يقبل منه ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك وقال الشافعي توبته تكذيبه نفسه وبلغنى عن القاضي أبي الحسن نحوه وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب فكانت بالاستغفار والعمل الصالح كسائر الذنوب ووجه القول الثانى أن المعصية إذا كانت بالأقوال فإن التوبة منها بالقول وتكذيب نفسه كارتد لما كانت ولا كاذب التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم (فرع) إذا ثبت ذلك فى أى شئ تقبل شهادته روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تقبل شهادته فى كل شئ إلا فى القذف وقال ابن كنانة فى المجموعة من حدى قذف أو زنى قبلت شهادته فى القذف والزنا وغيره وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه القول الاول ما طبع عليه اخلق ان من كانت به وصمة أو تورط فى أمر حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليسا ووه وينفى عنه معرة ذلك فيهم أن يشهد على غيره بما وافقه ليسا ووه ووجه القول الثانى ان حكمنا بعد التوبة فى مثل هذه التهمة عنه فاذا قبلنا شهادته فى غير ذلك من الحدود وجب أن نقبل شهادته فى القذف وبالله التوفيق

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

ص * مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * مالك عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن قضى باليمين مع الشاهد * مالك أنه بلغه أن أبا سامة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم * ش قوله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد يحتمل والله أعلم معنيين أحدهما أنه لصحة ذلك والثانى أنه أنفذ القضاء بهما فيما شهد به الشاهد استخلف المدعى ونفى له به وعلى هذا عمل الحجاز وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز القضاء باليمين مع الشاهد والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد وهذا الحديث أخرجه مسلم فى صحيحه وقال أبو عبد الرحمن النسوى هذا اسناد جيد فان قيل يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم اتماحكم فى ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت الذى جعل النبي صلى الله عليه وسلم شهادته وحده شهادة اثنين ولذلك سمي ذا الشهادتين فالجواب انه لا يصح هذا لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين وهذا إذا ثبت حكم اختصاص بالنبي صلى الله عليه وسلم كما اختص فى أن يكون الحاكم ويسمى مع البينان فيما ادعى عليه يبين ذلك ان ما يشير ون اليه لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبي

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

* قال يحيى قال مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * وعن مالك عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن قضى باليمين مع الشاهد * وحدثنى مالك أنه بلغه أن أبا سامة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم

صلى الله عليه وسلم بأمر شاهده وانما شهد به بما سمع منه لعلمه بصحة مودنا لا خلاف في أنه لا يتعدى الى غير النبي صلى الله عليه وسلم ولان من يخالفنا في هذه المسئلة لا يقول ان النبي صلى الله عليه وسلم حلف مع شاهد خزيمة بن ثابت وجواب ثان وهو اننا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى الى غير النبي صلى الله عليه وسلم لم يجوز أن يقال انه المراد بالحديث الذي احببنا به لانه ان كان النبي صلى الله عليه وسلم جعل شهادته شهادة شاهدين فلا معنى لليمين وحديثنا يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وان كان جعل شهادته لغيره من المسلمين شهادة رجل واحد فهو كغيره من الشهود فان قيل يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعى فبين بذلك ان الشاهد الواحد لا تأثير لشهادته فالجواب ان قوله قضى باليمين مع الشاهد يفيد كونهما مافضى به وأن يكون قضى بكل واحد منهما ولو كان ما قلتموه لقال قضى باليمين مع وجود الشاهد أو قضى باليمين ورد شهادة الشاهد وجواب ثان وهو ان قوله باليمين مع الشاهد ظاهره انه ما من جنبه واحدة وعلى ما يتأولونه اليمين في غير جنبه الشاهد فلا يقال فيها انها معه بل هي نافية له ومبطله لشهادته فان قيل نحن نقول بموجب هذا في موضع وهو ان يبيع رجل من رجل حيرا فافيدى المشتري به عيابه ينكره البائع فان المشتري يلزمه أن يأتي بشاهد من أهل الخير يشهد له بذلك فتقبل شهادته عندنا وحده فان ادعى البائع البيع بالبراءة ولم يكن له بذلك بينة حلف المشتري أنه ما اشترى على البراءة فيحكم له بالرد بشاهده مع يمينه فالجواب ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وهذا ليس بشاهد وانما هو مخبر عن علمه وكذلك لو كانت من العيوب التي يستوى الناس في سئالها لم يقبل في ذلك الا شاهدان وجواب ثان وهو ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد في قضية واحدة وما زعمتموه قضيتان ثبت بالشاهد عندكم وجود العيب وثبت بيمين المشتري برأته مما ادعى عليه البائع من التزام البيع بالبراءة واثان قضيتان قضى في احدهما بالشاهد ولم يتعلق باليمين بها وقضى في الثانية باليمين ولم يشهد الشاهد بها ودليلا من جهة القياس ان المدعى أحد المتداعيين فيجوز أن يثبت اليمين في جنبه ابتداء كالمدعى عليه (فصل) ومارواه عن عمر بن عبد العزيز وأبي سفيان وسليمان في تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد والأمر به اظهر لا لتمام علماء المدينة وأئمةهم وأعلامهم على الحكم بذلك والله أعلم ص

قال مالك مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه وهذا كما قال ان صاحب الحق يحلف مع الشاهد ويستحق حقه اذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه وذلك ان المتهود له على ضربين معين وغير معين فان كان معينا فعلى ضربين غير مولى عليه ومولى فان كان غير مولى عليه فانه يحلف مع شاهده ويستحق حقه الذي شهد به سواء كان مؤمنا أو كافرا أو عبدا أو كرا أو أثنى لانهم لم يتساوا في الملك والتصرف وجب أن يتساوا في الاستحقاق (فرع) وأما المولى عليه فعلى ضربين صغير وكبير فان كان صغيرا وانفرد بالحق قبل شاهده واستحلف المشهود عليه وهذا المشهور من مذهب مالك وبه قال ابن القاسم ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك في الواضحة وفي كتاب ابن المواز عن مالك وان كان وارثا ميتا صغيرا وقف له حقه حتى يحتمل فيحلف ولم يذكر اليمين وبهذا قال سحنون في كتاب ابنه وجه القول الاول ان الصغير لم يكن من أهل اليمين ثبت اليمين في جنبه المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغيره عين ووجه القول الثاني انه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين فانتظر ذلك أصله المعنى عليه (مسئلة) فاذا قلنا يحلف المطلوب فاذا حلف أبى الحق عنده سواء كان ثابتا في الذمة أو معينا حتى يبلغ الصغير

قال مالك مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه

فيحلف مع شاهده فيستحق حقه ما في الذمة والمعين ان كان باثماً فان فات قيمته يوم الحكم به للصبي رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان الصغير لا يصح منه اليمين فيحلف المطلوب ويترك عنده الحق فاذا بلغ الصبي وصار ممن يحلف حلف مع شاهده لما أمكنه ذلك وأخذ حقه (فرع) فان نكل الصبي بعد ان بلغ فالمشهور من مذهب أصحابنا في الموازنة والعينية وغيرهما انه لا يحلف المطلوب لان يمينه بذلك قد تقدمت وهذا مبني على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط أن لا يحلف المدعي فان حلف كانت أولى من هذه اليمين لتقدمها في الرتبة عليها وانما تمت هذه لضرورة توقف تلك وان لم يحلف المدعي صححت يمين المطلوب وصح الحكم له بها وكان يحتمل أن يقال ان يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده خاصة لما عذرت يمين الطالب التي يتعجل بها حقه فاذا حلف الطالب أخذ حقه بشاعده ويمينه فان نكل حلف المطلوب يمين الاستحقاق وقضى له وان لم يحلف قضى عليه بنكوله عن دونه اليمين لانه لو كانت يمينه أولاً يمين استحقاق لوجب أن لا يبقى بعدها المدعي يمين ولو جب اذا نكل عنها أن لا ينفذ القضاء عليه بنكوله ولا يحلف المدعي يميناً بعدها ولما كان اذا حلف بقي الحق بيده حتى يحلف المدعي فاذا ارشد المدعي ونكل عن اليمين قضى بالحق للمطلوب وعلم أنها يمين ابقاء الحق فيجب اذا ارشد ونكل الطالب أن يحلف المطلوب يمين الاستحقاق والله أعلم بهذا الأصل متنازع فيه (مسألة) فان نكل المطلوب أولاً غرم رواه ابن حبيب عن مطرف وابن كنانة وقالة ابن المواز فاذا بلغ الصغير فعليه اليمين فان حلف قضى له بحقه وان نكل فقد روى ابن حبيب عن مطرف انه ان نكل المولى عليه والصغير بعد الرشد والبلوغ رد إلى المطلوب ونحوه رواه ابن كنانة ووجه ذلك انه لا يقضى له بشاخذ واحد حتى يقرن به يمينه فان نكل لم يكن له شيء ولا ترد اليمين ثانية على المطلوب (مسألة) ويحلف الصغير اذا كبر مع شاعده على البت وقال ابن المواز ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن له وفي كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك انه يحلف كما يحلف الوارث على ما لم يحضر ولم يعلم ولا يدري هل شهد له بحق أو لا فيحلف معه على خبره ويصدق كما جاز له أن يأخذ ماشه له به الشاهد من مال أو غيره وهو لا يعلم ذلك الا بقولها وظاهر هذا القول يقتضي أنه يحلف على ماشه له به شاعده وان لم يتيقن ذلك والصحيح عندي وظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه أنه لا يحلف حتى يتيقن له العلم بالخبر المتواتر سواء كان الخبر له عدلاً أو غير عدل فينبغي حلف مع شاعده ان لم يبلغ هذا الحد امتنع من ايمين واستحلف المدعي عليه لانه لا يحل لأحد أن يحلف على ما لا يستيقن

(فصل) وصفة اليمين أن يحلف على حسب ماشه به الشاهد فان شهد له الشاهد باقرار المدعي عليه لم يكن له أن يحلف ان له عليه كذا ولا انه غصبه كذا ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا قاله محمد بن عبد الحكم فان كان المدعي عليه غائباً زاد في يمينه ان حقه عليه لباقي وما عنده به رهن ولا وثيقة ثم يقضى له بذلك (مسألة) وان كان المولى عليه كبيراً فان الذي في العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم انه يحلف مع شاعده بخلاف الصبي فان نكل حلف المطلوب وبرى وان نكل غرم قال أصبغ كالعبد والذمي وروى ابن حبيب عن مطرف يحلف المطلوب ويؤخر السفية فاذا ارشد حلف مع شاعده ان شاء وقضى له وارأي لم يكن له على المطلوب يمين وجه القول الأول ان هذا يلزمه الحدود والطلاق فكان له أن يحلف ويستحق حقه كإرشيد ووجه الرواية الثانية ان من لا يحلف في دفع حق عن نفسه فانه لا يحلف في استحقاقه كالمغير (فرع) فاذا قلنا يحلف المطلوب أولاً ويبقى الحق عنده فان نكل أخذ منه الحق فاذا ارشد السفية حلف وقضى له وان نكل رد إلى

المطلوب وكذلك الصبي وجه ذلك أن نكوله يضعف حقه ويوجب قبض المال منه لحق السفه والصبي فإذا أمكننا بما نهم، أبرشد السفه وكبر الصغير استحلنا مع شاهد هما فإن حلنا ذلك لحق لهما وإن نكلا كان بمنزلة نكولهما أولاً ولا ورد إلى المطلوب لأن نكوله أولاً نقل اليمين إلى جنبه السفه والصغير وكان ذلك بمنزلة أن نجيب اليمين على المدعى عليه فينكول المدعى فينكول بانه يقضى للمدعى عليه بالحق ولو روى وجوب اليمين أولاً على السفه والصغير وإن يمين المدعى عليه إنما كانت لتأخير أخذ الحق منه إلى أن يزول المانع من اليمين فيحلف الرشيد والكبير مع شاهد هما لوجب أن نكلا أن ترد اليمين على المطلوب فإن حلف رد إليه الحق لأن هذه اليمين هي اليمين التي نجيب عليه بنكول الطالب مع شاهده وإن نكل نفذ عليه الحكم بانه نكل عن يمين (فرع) فإذا قلنا يحلف السفه مع شاهده حال سفهه فانه إن حلف قبض ما استحققه به يمينه الناظر له قال الشيخ أبو اسحق والاختيار أن يحلف وبقبض ما حلف عليه فإدصار إليه قبضه منه من ينظر عليه لأنه لا يستحق بيمينه شيئاً إلا من له قبضه (فرع) وإن نكل حلف المطلوب ويرى ولا يمين على السفه إذا رُشد وكذلك البكر المولى عليها رواه سحنون عن ابن القاسم وقال ابن كنانة لها الرجوع إلى اليمين وإن كان الغريم قد حلف أولاً وجه قول ابن القاسم أن من وجبت عليه يمين فنكول عنها وحكم باليمين على المطلوب لنكوله فانه لا يرجع عليه إيمان كارشيد ووجه قول ابن كنانة أن السفه محجور عليه لا يقبل إقراره ولا يجوز زعمه فذلك لنكوله كالصغير

(فصل) وإن كانت الشهادة لغيره يمينين ولا يحاط بعددهم مثل يشهد شاهد بصدقة لبني تميم أو للمساكين أو في سبيل الله فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يحلف مع هذا الشاهد ولا يستحق بشهادته حق ووجه ذلك أنه لا يتعين مستحق هذا الحق فيحلف معه لا كل من يحلف مع شاهده بجور أن يخرج عن هذا الحق ويصرف إلى غير ملكه وقبضه وإنما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض ويطلب منه أن نكل (مسألة) فإن كان الحبس لغير معينين إلا أنه يحاط بعددهم وأضيف إليهم من لا يحصى مثل أن يقول - تبست هذا الملك على ولد زيد وعقبهم ففي كتاب ابن الموزال الذي يقول أصحابنا أن كل حبس مسبل وعقب فلا يصلح فيه اليمين مع الشاهد وروى ابن الماجشون عن مالك إذا حلف الرجل منهم نفدت الصدقة لهم ولغيرهم وغائبهم ومولودهم ثم ذكر الشيخ أبو محمد بعد كلام في المجموعة أن ابن وهب ومطرفا وابن الماجشون رواه عن مالك أنه يحلف مع أهل الصدقة حل واحد مع الشاهد ويثبت حبسهم جميعاً أهلها فالظاهر عندي أن هذه الأقوال إنما هي فيمن ذكر بمصر عدده وقد قال المغيرة في المجموعة إذا كانت الشهادة لمعين وغير معين مثل أن يشهد الشاهد أن فلاناً حبس على فلان وعلى عقبه فانه يحلف مع شاهده ويحق الحق له ولمن يأتي بعده بغير يمين (مسألة) إذا ثبت ذلك فإن عدد الشهود وجنسهم يترتب على مراتب الحقوق وذلك على ستة أضرب فيثبت الزنى بأربعة شهداء والأصل في ذلك قوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة (فرع) وأما الشهادة على الشهادة فقد اختلف فيها العلماء فروى مطرف عن مالك في الواحجة لا يجزئ في ذلك إلا ستة عشر رجلاً أربعة على شهادة كل واحد وقال ابن الماجشون إذا شهد أربعة شهود على كل واحد من شهود الأصل جازت شهادتهم فإن تفرقوا جاز أن ينقل شهادة كل واحدائنا حتى يصيروا ثمانية وذكر القاضي أبو محمد في ذلك روايتين أحدهما أن يشهد شاهدان على شهادة أربعة وقيل لا يكفي إلا أربعة وإنما الروايتان

القاسم ما أراه إلا وسيكون مع شهادتهما أي بن قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون لأن شهادتهما على ما قال أصبغ عنه في العتبية والقياس ألا تجوز لأن ذلك يصير نسباً قبل أن يصير مالاً وبورث بأدنى المنزلتين إلا أن يخاف أن لا يبقى إلى أن يحضره الرجال تجوز شهادتهما فيه وروى أشهب عن مالك في كتاب ابن سحنون شهادتهما ما لا تجوز في أنه ذكر وأخذ به أشهب قال سحنون القول قول أشهب لأن الجسد لا يفوت والاستهلال يفوت قال سحنون إلا أن تكون الولادة بموضع لا رجال فيه ويخاف على الجسد أن أخر دفته فتجوز شهادة النساء حينئذ كما قال ابن القاسم (فرع) إذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبي لم تجز شهادتهما وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وذلك لارتناع الضرورة بحضور الرجال فتسقط شهادة المرأة ولا تتم الشهادة برجل واحد قال ابن حبيب وقد سمعت من أَرْضِي من أهل العلم يميز ذلك ورأه أقوى من شهادة امرأتين وهو أحب إلى (فصل) ويلحق بهذا الفصل اختلاف فيه هل هو من باب الشهادة أو من باب الفتوى والخبر كالقائف في العتبية عن سحنون لا يعضى بقائف واحد لأنه يلحق به نسب ويكتب إلى البلدان وينتظر أبداً حتى يضم إليه آخر وقاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم أن شهادة القائف الواحد مقبولة ومعنى ذلك عندي أن من جعله من باب الشهادة لم يقبل فيه الأقوال اثنين ممن تجوز شهادتهما بالنسب ومن جعله من باب الفتوى والخبر قبل فيه قول واحد ويلزم عندي على ذلك أن يقبل فيه قول العبد والمرأة وهو الأظهر إذا سأله الحاكم الحكم عن علمه لذلك ومن ذلك الترجمة لقول الخصم إذا لم يفهمه الحاكم أو لم يفهم أحدهما فقد قال مطرف وابن الماجشون يجزئ الواحد العدل والاثنان أحب إلى والمرأة العادلة تجزئه في ذلك إذا كان مما يقبل فيه شهادة النساء قال سحنون في كتاب ابنه لا تقبل ترجمة النساء ولا ترجمة رجل واحد وهذا يجري على ما تقدم من اختلافهم في أمر القائف غير أن اشتراط ابن الماجشون ومطرف في قبول الترجمة من النساء أن يكون ذلك مما يقبل فيه شهادة النساء فيه نظر وذلك أن من عبر من أصحابنا عن ذلك بالشهادة وقدم قبل فيه الرجل الواحد والمرأة فأنما هو تجوز في عبارة وقد قال مالك وأصحابه لا تقبل امرأة واحدة في شيء من الأشياء وإذا كان من باب الخبر والفتوى فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة في كل شيء وإنما يعتبر في ذلك العدالة كما يعتبر في المفتي والراوى للحديث وأما عيوب النساء والعبيد وغير ذلك فقد قال ابن الماجشون في الواضحة بأمير الحاكم من يشق بنظره وعلمه بالعيب أن ينظر إليه ويأخذ فيه بخبره وحده بقول الطبيب وإن كان غير مسلم إذ ليس من باب الشهادة ولكنه علم يؤخذ ممن يبصره من مرضى أو غير مرضى وهذا ما كان المختبر حاضراً فإن غاب أو مات انتقل إلى باب الشهادة عند ابن الماجشون فقال لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين قال فان كان مما لا يطلع عليه الرجل قبل فيه خبر امرأة واحدة فان غابت الأمة أو ماتت لم يقبل في ذلك إلا شهادة امرأتين والله أعلم وأحكم (مسألة) والضرب السادس ما لا تعتبر فيه العدالة وهو شهادة أهل الزفة بالتوسم وشهادة الصبيان فيما لا يحضره غيرهم غالباً من الجراح والقتل قال الشيخ أبو القاسم لا تجوز شهادة النساء بعضهم على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال وقال بعض أصحابنا تجوز شهادتهن في ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان

(فصل) وقوله فان أبر أن يحلف سقط وأحلف المطلوب يريدان اليمين تنتقل من جنبته من له أولاً لنكوله عنها إلى جنبته الأخرى فان ثبت أولاً في جنبته المدعى لقوتها بشأه يشهد له فنكّل عنه انتقلت إلى جنبته المدعى عليه وان ثبت أولاً في جنبته المدعى عليه فنكّل إلى جنبته المدعى

(فصل) وقوله فان حلف سقط عنه الحق وان أبي أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه يريد ان اليمين اذا انتقلت الى جنبه المدعى عليه حين نكل المدعى عن اليمين مع شاهده فان المدعى عليه ان حلف سقطت عنه الدعوى لان يمينه انما هي لذلك وان أبي أن يحلف ثبت عليه الحق لان جنبته تضعف حينئذ بنكوله فلا ينتقل بمجرد الدعوى عليه الى اثبات الحق عليه وقال الشافعي لا يحكم بنكوله مع شاهد الدعوى والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان النكول بسبب مؤثر في الحكم فوجب أن يقضى به مع الشاهد كيمين المدعى ومعنى تأثيره ان اليمين تثقل بنكول المدعى عليه الى جنبه المدعى فيحلف ويستحق ووجه آخر وهو ان من انتقلت اليه اليمين من خصمه فنكل عنها وجب القضاء عليه كالذين لا يبين بينهما (مسألة) فان نكل من شهد له الشاهد بحق فردت اليمين على المطلوب فحلف ثم وجد الطالب شاهدا آخر فروى ابن المواز انه لا يضم له الى الاول ورواه يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم وابن الماجشون عن مالك أنه يضم له الى الاول ويقضى له به قال ابن كنانة هذا وهم وقد كان يقول لا يضم الى الاول وانما هو في المرأة تقيم شاهدا على طلاق فيصاف الزوج ثم تجد شاهدا آخر أنه لا يضم الى الاول لانه لم يوجد منها نكول وقاله ابن الماجشون وقال أصبغ بقول مالك يضاف له الشاهد الثاني الى الاول في الحقوق كما لو لم يرقم شاهدا فيحلف المطلوب ثم يصيب الطالب بينته انه يقوم بها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى ان هذه المسئلة مبنية على المسئلة التي احتج بها أصبغ والخلاف فيها كالاخلاف في هذه (فرع) فاذا قلنا لا يضم الشاهد الثاني الى الاول ففي كتاب ابن المواز يؤتفله الحكم فيحلف مع شاهده وقال ابن كنانة لا يحلف مع الشاهد الثاني لانه ترك حقه بالنكول ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم فاذا قلنا يحلف فنكل ثانية ففي المواز يترد اليمين ثانية على المطلوب لان اليمين الاول انما سقط بها شهادة الشاهد الاول وقال ابن ميسرة لا ترد اليمين على المطلوب ثانية لانه قد حلف على الحق مرة (مسألة) ويقضى باليمين مع شهادة امرأتين خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان شهادة المرأتين شهادة قبلت في الشرع مع شهادة رجل فجاز أن يقضى بهامع اليمين ص * قال مالك وانما يكون ذلك في الأموال خاصة ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية * فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ما قال ولو كان ذلك على ما قال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد أن سيده أعنته وأن العبد اذا جاء بشاهد على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر * ش قوله وانما يكون ذلك في الأموال خاصة قال سحنون في كتاب ابنه يقضى باليمين مع الشاهد في المال المعين وغير المعين بما ثبت في الذمة قال ابن وهب عن مالك في الأموال الجسمية من الذهب والورق والحائط والرقيق قال ابن سحنون عن أبيه وفي الغصب والبيع والهبة وأرض الخناية مما تحمله العاقلة وما لا تحمله وفي ابراء من هو عليه ومصاحته وقبضه وفي التبري من عيب الرقيق واقرار من يشهد به شاهدان بمال انهما شهدا بباطل ومعنى ذلك ان الشهادة باشرت المال والعقود المختصة بالمال (مسألة) فان تعلقت الشهادة بالعقود التي لا تختص بالمال ولكن المقصود منها المال كالشهادة على حكم قاض فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يثبت كتاب قاض الى قاض بشاهد ويمين وان كان في مال وقال مطرف يحلف مع شاهده ويثبت له القضاء ووجه قول عبد الملك أن هذه شهادة لا تخص بالمال ولكن المقصود منها المال كالشهادة على النكاح ووجه قول مطرف ان هذه شهادة مقصودها المال فأشبهت البيع (مسألة) وأما الجراح فقد اختلف أقوال

* قال مالك وانما يكون ذلك في الأموال خاصة ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ما قال ولو كان ذلك على ما قال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد أن سيده أعنته وأن العبد اذا جاء بشاهد على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر

شيوخنا فيها في المجموعة وغيرها اطلاق قولهم لا يجوز للشاهد واليمين الا حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين وقال سحنون أصلنا ان كل ما جاز فيه شاهد ويمين جازت فيه شهادة النساء، وكل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين لم تجز فيه شهادة ويمين النساء وتقدم من القول ان الشاهد واليمين انما يجوز في المال وقد قال في المجموعة ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب تجوز شهادة النساء في خطأ القتل والجراحات قال أشهب وفي العمدة الذي لا يؤد فيه وان لم يكن معهن رجل حلف المجروح واستحق دية جرحه ووجه ذلك ان هذه شهادة انما يجب بها المال وبه ثبتت بشاهد ويمين كالشهادة بالبيع واختلف في جراح العمدة فروى في العتبية سحنون عن ابن القاسم لا تجوز شهادة النساء في ذلك وروى في المجموعة وكتاب ابنه ان قول ابن القاسم اختلف في ذلك وقال ابن الماجشون وسحنون يجوز في ذلك شهادة النساء وجه القول الاول ان هذه شهادة لا يجب بها مال ولا تتعلق به فلم تثبت بشهادة النساء مع الرجال كالشهادة بقتل العمدة ووجه القول الثاني ان هذا حق الآدمي لا يتعلق بتقويت نفس ولا ملك منافعها ان ثبتت الشهادة بالبيع والاجارة (فرع) وادقنا تجوز في جراح العمدة قال عبد الملك في المجموعة والواحدة يجوز فيما صغر منها كالموضحة والأصبع ونحو ذلك مما يؤمن على النفس ولا يجوز فيما يخاف منه تلف النفس وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه اختلف قول ابن القاسم في شهادة النساء فيما دون النفس قال والذي رجح ليه ابن القاسم ان ذلك لا يجوز ولا يعجنى وجه قول ابن الماجشون وسحنون ان الشهادة معتبرة بما ثبت بها ووجدنا التغليظ في الشهادة من جهتين من جهة العدد وله أقل وأكثر ومن جهة الذكورة فلما أن كان الزنا يتعلق به سفك الدم واتلاف حرمة العرض وتدخل به المعرفة على الأهل والارابة تغلظ بالوجهين بأكثر العدد والذكورة ولما كان قتل العمدة يتعلق به سفك الدم خاصة تتعلق بأقل العدد والذكورة ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة ولا عدد فتثبت بشهادة رجل وامرأتين وبأيمين مع شاهد واحد ووجدنا الجراح تنوع نوعين فنها ما يصغر ويقل خطره ويؤمن تعديده الى النفس غالباً فلم يدخله التغليظ وثبت بما تثبت به الأموال ومنها ما عظم ونظم خطره ويخاف تعديده الى النفس فدخله التغليظ الذي حصل في القتل لما يخاف أن يكون سببا اليه ووجه قول ابن القاسم ان الشهادة بما دون النفس شهادة مجراح لا تتناول النفس ولا سفك الدم فتثبت بشهادة رجل وامرأتين وبشهادة رجل ويمين أصل ذلك ما صغر من الجراح ويحتمل عندي أن يكون ابن القاسم يرى الاحتياط في اثبات القتل والجراح بالشاهدين واليمين كما يرى ذلك في اثباتها بشهادة الصبيان وانما تغلظ النفس بعدد الايمان والحالفين ولذلك اعتبر العدالة والذكورة في الشاهد بالقتل والله أعلم

(فصل) وقوله وانما يكون ذلك في الاموال خاصة دون الحدود والنكاح والطلاق والعق والسرة والندية يريد أن اليمين مع الشاهد يحكم بها في الأموال ولا يحكم بها في المعاني التي نص عليها من الحدود والسرة والغدية زاد ابن حبيب عن مطرف عن مالك والشرب قال مالك في الموطأ وكذلك الطلاق والنكاح والعق وانما لم يقض باليمين مع الشاهد في الحدود لأنهم من حقوق الله تعالى وما كان من حقوق الله تعالى لم يتصور فيه القضاء باليمين مع شهادة المستحق وأما النكاح والطلاق والعق فانها من حقوق الله تعالى وما يتعلق بها من حقوق الآدميين كالنكاح والرجعة فهو حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص في القتل ولا يثبت باليمين مع الشاهد هلال صوم ولا فطر ولا حج لما تقدم والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فالفرية وهي القذف بالزنا لا تثبت على الفاذي بشاهد ويمين وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والمجموعة أنه يحلف له ما قذفه فان نكل سجن له أبداً حتى يحلف وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان طال سجنه خلى سبيله ولا ضرب عليه

ونوجه ذلك يأتي في حكم الشاهد بالطلاق والعقوان شاء الله (مسئلة) وان أقام شاهدا أن فلانا شتمه قال أشهب عن مالك لا يقضى في هذا بشاهد ويمين ولكن ان كان الشاتم يعرف بالسفه والفحش عزز قيل أهل الشاتم يمس قال نعم وعسى بأن أراه وليس كل ما رأى المرء أن يؤجلوه سنة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يقضى باليمين مع الشاهد في المشاتمة دون الحدود ووجه ذلك انه حق يستوفى منه لا يوجب حرمة وحق الأدعي فثبت بالشاهد واليمين كالمال (مسئلة) وان شهد شاهدا أنه سرق لم يقطع يده ويحلف صاحب المتاع مع شهادة شاعده ويستحق عليه رد ما سرق واذا شهد عليه شاعده أنه شرب خمر لم يحسد وأما النكاح فان شهد بعقد نكاح لم يثبت حكمه ولا يجيب اليمين به على من ادعى عليه النكاح ولو ثبت النكاح وجهل الصداق ثبت أن الصداق بالشاهد واليمين لانه حكم في مال (مسئلة) وأما الطلاق والعقوان ادعته المرأة على زوجها والامة على سيدها فلا يمين على السيد ولا الزوج قال مالك ولا يأت بها زوجها الا مكرهة قال ابن القاسم والامة كذلك وان استطاع أن تستدي الزوجة بجميع مالها تهل ووجه ذلك انها تعتمد الزنا في وطئها فلا يحل لها ذلك الا بالاكرام الذي لا تستطيع دفعه وادامتها أن تفندي منه بجميع ما تملك لزهادك كالتى تكون على الزنا (مسئلة) وان شهد شاهد بطلاق أو متق فقد قال مالك يحلف الزوج والسيدان أنكر فان حلف لم يلزمه شئ من الطلاق ولا العتق فان نكل ففي ذلك عن مالك روايتان قال ابن القاسم كان مالك يقول تطلق الزوجة ويعتق العبد عليه وهذا قال أشهب ثم رجع فقال يحبس وهو الذي يحثاره ابن القاسم وأكثر أصحابنا وجه القول الاول ان كل من لزمته يمين فان نكله لا يوجب ردها فانه يوجب الحكم عليه والا فلا فائدة في الزامها اذا كان الامتناع منها يبطل حكمها ووجه آخر ان هذا نكل عن يمين وجبت عليه لا بطلان شهادة شاهد فوجب أن يحكم عليه بما شهد به الشاهد كما لو ردت عليه في الأموال ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز بأني لو حكمت عليه لحكمت بشاهد يمين فيكون ذلك أقل حالا من المال ومعنى ذلك ان هذا الشاهد ليس بمن يجب أن ينفذ عليه بشهادة ما شهد به بوجه لو اقترنت شهادته به يمين المدعي فاليمين يوجب شهادته بمنزلة اليمين التي توجهها الدعوى في الأموال وليست بمنقولة اليه عن جنبته من كان يحكم به يمينه فيحكم عليه بنكوله وانما هي للاستظهار واذا نكل عنها لم يحكم عليه بها عن مالك انه ان نكل (فرع) فاذا سلمنا انها تطلق عليه بالنكول فقد روى أشهب عن مالك انه ان نكل ثم أراء أن يحلف فانه ليس له ذلك وكذلك العتق ووجه ذلك أن النكول تضعف جنبته ويقوى دعوى المدعي عليه الطلاق فاذا نكل فقد أغر من ضعف جنبته بما يوجب الحكم عليه فليس له ان رجوع عن ذلك (فرع) واذا قلنا انه يحبس فقد روى عن مالك انه يحبس أبا حتى يحلفوا واختاره سحنون ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع في الطلاق والعتق وقال ابن القاسم يحبس حتى يطول عليه وتطلق والطول سنة ووجه القول الأول انه انما سجن ليحلف فلا يخرج عن السجن الا بما سجن لأجله ووجه قول ابن القاسم أن السجن انما هو عقوبة لا امتناع من اليمين ولا اختبار له والسنة مدة في الشرع لمعان من الاختبار كالعنة وغيرها وتروى عن ابن نافع انه يسجن ويضرب له أجل الايلاء فاذا انقضى طلق عليه بعد ذلك هذا الذي رواه عنه في نوادره الشيخ أبو محمد والذي في كتاب ابن مزيين ان يحيى بن يحيى روى عنه ما تقدم من محمد بن خالد روى عنه انه أطل سجنه على المرأة وأرى أن يحلف ضربه له الأجل فان حلف عند انقضائه خلى سبيله وردت اليه المرأة وان أرى أن يحلف طلفت عليه الايلاء قال يحيى وقال أبو يزيد القاضي أهل المدينة مثله ووجه ذلك انه ممنوع من الوطء بمعنى حرمة عليه فضربه له أجل الايلاء كالذى يحلف بطلاق زوجته ليفعلن فانه يدخل عليه الايلاء من يوم رفعته زوجته ويحكم به

* قال مالك فالسنة عندنا أن العبد إذا جاء بشاهد على عتاقه استخلف سيده ما أعتقه وبطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضاً في الطلاق إذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها ما طلقها (٢١٧) أحلف زوجها ما طلقها فإذا حلف لم يقع عليه

الطلاق * قال مالك فبينة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة إنما يكون المين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وإنما العتاقة حد من الحدود لا تجوز فيها شهادة النساء لأنه إذا عتق العبد ثبتت حرمة ووقته الحدود ووقته عليه وإن زنى وقد أحسن رجم وإن قتل قتل به وثبت له الميراث بينه وبين من يوارثه فإن احتج بحج فقال لو أن رجلاً أعتق عبده وجاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فإن ذلك ثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته إذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فإن ذلك ليس على ما قال وإنما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقه العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه وبين سيد العبد مخالطة وملازمة فيزعم أن له على سيد العبد ما لا فيقال لسيد العبد أحلف ما عليك ما دعي فإن نكل وأى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك يرد عتاقه العبد إذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضاً الرجل

عليه الخ كما وهذا أشد من الخلاف لأنه يدعي عليه تحرير الزوجة وقد شهد به عليه شاهد (فصل) وقوله فإن قال قائل إن العتاقة من الأموال فقد أخطأ ولو كان على ما قال يحلف العبد مع شاهده على عتقه لأنه يجب مع شاهده في المال وهذا الذي قاله مبنى على بيان معنى قولنا الشهادة على الأموال وذلك أن الشهادة على المال هي الشهادة بطلب مال يخرج من ممتلك له إلى ممتلك آخر وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة لأن الرقبة بالعتاقة لا يخرج إلى ممتلك وذلك مثل المال يطلبه الرجل من الآخر فيشده بشاهد سواء كان ذلك المال ديناً معلقاً بذمته أو شيئاً معيناً بمالك وذلك على ثلاثة أوجه أحدها أن يباشر الشهادة ما لا فيؤدى إلى عتق أو إلى نقضه أو إلى طلاق زوجته وسيأتي ذكره أو تكون الشهادة تجري على المال لا يحكم فيها بغير ذلك وإن باشرت معنى آخر مثل الشهادة على الحر يخرج العبد فيحلف سيده مع شاهده ويستحق الارش قاله ابن حبيب في المجموعه وكتاب ابن حبيب وقال أشهب في العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن إذا شهدت امرأتان على امرأة أنها ضربت بطن امرأة فالتقت مضغة فلتحلف معهما وتستحق الغرة ولا كفارة على الضاربة ورأى أشهب عن مالك في العتبية في الذي شهد له شاهد أنه وارث فلان فإن لم يأت بغيره حلف واستحق قال أشهب وذلك إذا كان نسبه من الميت ثابتاً ويكون الشاهد يشهد أنه لا يعلم له وارث غيره فيحلف معه ويرث لأنه شهد على مال وكذلك الولاء، يثبت للزوجة من أهل الولاء بالشاهد والمين إذا ثبت الولاء لمن ورثه عنه قاله الشيخ أبو محمد وفي كتاب ابن الموزان أقام شاهداً أنه وارث فلان أو مولاه لا يعلم له وارث غيره قال مالك يستأنى بالمال حتى يؤيس أن يأتي أحد بآثب من ذلك فيحلف معه ويقضى له بالمال ولا نسب له يثبت فهذا مخالف لما تقدم

(فصل) وقوله إن العبد يحلف مع شاهده في المال يقتضى أنه يحلف في قليل ذلك وكثيره لأن مالكا قال أنه يحلف كما يحلف الحر وجه ذلك أنه يملك كما يملك الحر فوجب أن يحلف مع شاهده ليصل إلى استحقاق ملكه كالحر ص * قال مالك فالسنة عندنا أن العبد إذا جاء بشاهد على عتاقه استخلف سيده ما أعتقه وبطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضاً في الطلاق إذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها ما طلقها أحلف زوجها ما طلقها فإذا حلف لم يقع عليه الطلاق * قال مالك فبينة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة إنما يكون المين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وإنما العتاقة حد من الحدود لا تجوز فيها شهادة النساء لأنه إذا عتق العبد ثبتت حرمة ووقته الحدود ووقته عليه وإن زنى وقد أحسن رجم وإن قتل قتل به وثبت له الميراث بينه وبين من يوارثه فإن احتج بحج فقال لو أن رجلاً أعتق عبده وجاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فإن ذلك ثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته إذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فإن ذلك ليس على ما قال وإنما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقه العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه وبين سيد العبد مخالطة وملازمة فيزعم أن له على سيد العبد ما لا فيقال لسيد العبد أحلف ما عليك ما دعي فإن نكل وأى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك يرد عتاقه العبد إذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضاً الرجل

(٢٨ - منتقى - مس) فيزعم أن له على سيد العبد ما لا فيقال لسيد العبد أحلف ما عليك ما دعي فإن نكل وأى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك يرد عتاقه العبد إذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضاً الرجل

ينكح الأمة فتكون امرأته فيأني سيد الأمة الى الرجل (٢١٨) الذي تزوجها فيقول ابتعت مني جاريتي فلانة أنت وفلان بكذا

وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأني سيد الأمة وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأني سيد الأمة برجل وامرأتين فيشهدان على ما قال فيثبت بيعه ويحقق حقه ونحرم الأمة على زوجها ويكون ذلك فراق بينهما وشهادة النساء لا تجوز في الطلاق * قال مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفترى على الرجل الخرفيق عليه الحد فيأني رجل وامرأتان فيشهدون أن الذي افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد من المفترى بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لا تجوز في الفرية * قال مالك وما يشبه ذلك أيضا ما يفترى فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والخوائط والرقيق وما سوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيئا ولم تجز إلا أن يكون معهما شاهد أو يمين * قال مالك وشهادة النساء لا تجوز في الفرية * قال مالك وما يشبه ذلك أيضا ما يفترى فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والخوائط والرقيق وما سوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيئا ولم تجز إلا أن يكون معهما شاهد أو يمين

مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفترى على الرجل الخرفيق عليه الحد فيأني رجل وامرأتان فيشهدون أن الذي افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد من المفترى بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لا تجوز في الفرية * قال مالك وما يشبه ذلك أيضا ما يفترى فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والخوائط والرقيق وما سوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيئا ولم تجز إلا أن يكون معهما شاهد أو يمين * قال مالك وشهادة النساء لا تجوز في الفرية * قال مالك وما يشبه ذلك أيضا ما يفترى فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والخوائط والرقيق وما سوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيئا ولم تجز إلا أن يكون معهما شاهد أو يمين

(فصل) وقوله ان العتاق من الحدود يريد انه يتعلق بها حق الله تعالى ولذلك لو اتفق السيد والعبد على ابطال العتق لم يكن لها ذلك وقد ذكر الله تعالى الطلاق فقال الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقال عز من قائل تلك حدود الله فلا تعتدوها فوصف الطلاق وما ذكره معبأه من حدود الله تعالى

(فصل) وقوله لا تجوز فيها شهادة النساء يريد لا ينفذ العتق والطلاق بشهادة النساء فلو شهد رجل وامرأتان بعتق أو طلاق لم تجز في ذلك شهادتهما بمعنى أن يحكم بالطلاق ولو شهدت امرأتان على رجل بطلاق امرأته أو عتق عبده وجبت بشهادتهما على الزوج والسيد اليمين وليست ههنا شهادة على التحقيق لانه لا يحكم بما يقتضيه من الطلاق وإنما يجب بها اليمين على الزوج وهي تشبه الشاهد العدل في المقاسمة

(فصل) وقوله لانه اذا عتق العبد ثبتت حرمة ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنا وقد أحسن رجم وان قتل قتل به وتثبت له الموارث يريد بقوله ثبتت حرمة انه ثبت له حرمة الحرية فتكامل ديتة دية الحر ويثبت القصاص بينه وبين الحر في النفس والأطراف ومن قذفه مع العفة حد ويريد بقوله ووقعت له الحدود ان من قذفه حد لقذفه مع العفة ويريد بقوله ووقعت الحدود عليه وتتم له حدود الحر في القذف والزنا وشرب الخمر ورجم في الزنا مع الاحصان وهذه كلها معان تثبت للانسان من أحكام الحرية فلا يقبل فيها شهادة النساء ولذلك استدل شیوخنا بالحرية على أن شهادة النساء لا يحكم بها في العتاق

(فصل) وقوله فان احتج محجج بمن أعتق عبده وجاء من يطلبه بدين شهده به رجل وامرأتان ثبت

الحق على السيدان كان معسرا ورذعتق العبد محتجا بذلك لاجازة شهادة النساء في العتق فليس على ما قال وقد رذعتق هذا الوجه بالشاهد على السيد بدين مع يمين الطالب أ ب أو بدعوى المدعى ونكول السيد هذا كله غلط قاله مالك لان عتق الرجل عبده وعليه دين يحيط بماله والعبد غير جائز سواء كان عتقه واجبا أو تطوعا لانه ليس له ائلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع وانما جاز أن يرد العتق بشهادة رجل واحد أو اثنين وبشهادة امرأتين ويمين الطالب أو شهادة رجل ويمين الطالب لان الشهادة لا تبشر رد العتق ولا تتناولها وإنما تناول اثبات الدين فإذا ثبت الدين بهذه الشهادة مع ما يقرن به رد العتق بثبوت الدين المتقدم عليه المانع منه وهذا كما يقول انه تجوز شهادة النساء في الولادة وثبت النسب بها ولو شهدت به النساء لم يثبت بشهادتهن (مسئلة) وأما قوله ان العتق يرد بنكول السيد عن يمين فهو قول مالك في الموطأ وكذلك وقع في العتبية والمجموعة وفي كتاب ابن مزين عن ابن القاسم لا ترد بذلك عتاقة العبد زنا أبو محمد في روايته ولا بإقراره ان أقرأ عليه ديننا وجه ذلك أن النكول من فعله فليس له أن يرق به العبد لانه رجوع في عتقه كإقراره بالدين

(فصل) وقوله وكذلك أيضا الرجل تكون تحته أمة غيره فيأتى سيدها برجل واحد أو اثنين يشهدون أن الزوج اشتراها من السيد فيثبت الشراء وتحرم الأمة على زوجها وان كانت شهادة النساء لا تجوز في الطلاق قال عبد الملك في كتاب ابن سحنون والنساء في هذا لم يشهدن في نفس الفراق وانما يشهدن في مال جرائي ما ذكرت قال سحنون وكذلك شهدت في غير من نفسه بالحرية انه مملوك لفلان جازت فيحلف بعضهن ويرق له ويطلق الحد عن نفسه وتصير حدوده حدود عبده ولو كان قذفي أو قذفي فشهادته امرأتان انه مملوك لغائب أو صغير فالحد قائم له رواه ابن المواز عن أشهب قال ابن المواز ومتى قدم الغائب أو كبر الصغير حلف واستحق رقبته ووجه ذلك عندي انه لا يصح الحكم برقه الآن لعدم من يدعيه ويحلف مع شهادة المرأتين فيبقى على حكم الرق الى أن يدعيه مدع ويحلف مع شهادتهما قال ابن الماجشون ولو شهدت امرأتان على أداء كتابة مكاتب حلف وتم عتقه وهذا كله على نحو ما تقدم

(فصل) وقوله مما يشبه ذلك أيضا ان المرأتين تشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويورث دون أن يكون معهما شاهد أو يمين ويكون ذلك في الاموال العظام ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل لم يحكم بشهادتهما الا ان يكون معهما شاهد أو يمين يردان شهادة المرأتين تقبل ويحكم بهادوا أن يقرن بهاشي فيما لا يطلع عليه الرجا كالاستهلال والولادة قال القاضي أبو محمد الا الرضاع وسياق ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذلك اذا شهدت امرأتان أن فلانة أسقطت حلت من عدتها للزواج قال مالك في كتاب ابن سحنون شهادة امرأتين تجوز فيما لا يطلع عليه غيرهن مما تحت الثياب من العيوب والحيض والولادة والاستهلال وشبه ذلك ووجه ذلك انه اذا كان مما لا يجوز للرجال النظر اليه لم تصح شهادتهم فيه وهو مما يطلع عليه النساء فتدعو الضرورة الى تجوز شهادتهن وفيه قد نص الله على قبول شهادتهن حيث تجوز شهادة الرجال فبان تجوز حيث لا تصح شهادة الرجال ولا يمكن اطلاعهم عليه أولى (مسئلة) واذا ادعى الزوج أن زوجته رتقاء أو بهاء الفرج قال سحنون أصحابنا يرون انها مصدقة وأنا أرى ان ينظر النساء الى عيوب المرأة الحرة التي في الفرج وقد تقدم هذا في النكاح وأمر سحنون في صبية أراد أولياؤها

تزوجها فأمر امرأتين عادلتين أن تنظرا هل أنبتت فأخبرناه ان قد أنبتت فأذن لهم في انكاحها وأما ما كان في غير الفرج فانه يبعد عن ذلك الموضع لينظر اليه الشهود وكذلك لو أصابتهاعلة في موضع يحتاج أن ينظر اليه الطبيب بعد عن ذلك الموضع فينظر اليه الاطباء قال سحنون ووجه ذلك انه ليس بمغلظ كنفس العورة وانما يحرم النظر بكل حال في حق الرجل الى نفس العورة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين على الرضاع فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما انه لا يكفي في ذلك الا ان يفشو عند الجيران ويظهر وينتشر والاخرى ان شهادتهما مقبولة وان لم يفش قال وجهه الرواية الاولى ان الرضاع وان كان مما ينفرد به النساء فتتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالباً بل يفشو فاذا عرا من الظهور والانتشار ضعفت الشهادة ووجه الرواية الثانية اعتبار ابساثر الشهادات قال وهذا أصح وقد ذكر شيوخنا المتقدمون في ذلك ما يعمد عليه أيضاً في الموازية عن مالك ان شهادة المرأتين في الرضاع بعد عقد النكاح لا تجوز الا بالسماح الفاشي القوي الذي يأتي من غير وجه ولا وجهين وفي المجموعة عن ابن الماجشون مثله وزاد ولا يفسخ النكاح منه الا بالامر القوي المنتشر قال سحنون في كتاب ابنه وأما ما كان من ذلك قبل التزوج وان ضعف تحقيق على المرء فيه التوقي والحيلة فانتضى ذلك ان ماتقدم من قول مالك وابن الماجشون انما هو في فسخ النكاح المنعقد قبل الشهادة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين في الرضاع فقد تقدم من قول القاضي أبي محمد فيها ما فيه كفاية وأما شهادة الواحدة بالرضاع ففي الموازية عن مالك لا يعمل بها الا ان يفشو في الصغر عند المعارف وقال أيضاً لا يقضى بقولها وأحب الي أن يصدق الزوج قال محمد يريد ان كانت عادلة قائما يقع الخلاف منه في فسخ النكاح وأما التوقي منه فتفق عليه قال محمد الا ان يطول مقامه معها يعلم المرأتين فلا تجوز شهادتهما يريد وان كان معهما الخبر فاشيا والله أعلم وأحكم (مسئلة) فاذا قلنا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما تقدم فانه يقبل فيه شهادة امرأتين دون يمين الطالب هذا قول مالك وقال عطاء والسعبي لا يجزى أقل من أربع وبه قال الشافعي ووجه ذلك ان كل جنس يجوز الجنس منه بانفراده فانه يجزى من الاثنين كرجال ولا تجزى الواحدة خلافاً لليث وأبي حنيفة في قوله تقبل شهادة الواحدة في العورة وهو ما بين الركة الى السرة والدليل على ما نقوله انه لا يجوز في حق من الحقوق شهادة الرجل الواحد ولا خلاف انه ابلغ في باب الشهادة من المرأة ولذلك جعل الرجل في مقابلة امرأتين ثم ثبت وتقرر انه لا يحكم بشهادة رجل واحد دون أن يقارنه شيء فبان لا يحكم بشهادة امرأة واحدة أولى وأحرى

(فصل) وأما قوله لشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال تثبت الميراث وتملك بذلك الاموال العظام من العين والارباع وغيرها ولا يحكم بشهادتهما في درهم فلما ذكرناه من ان شهادتهما تجوز في المواضع المذكورة التي لا يطلع عليها الرجال فيحكم بذلك لما ذكرناه ويؤول ذلك الى الحكم بأموال عظيمة جسمية على وجه المال لا على وجه المباشرة فلو باشرت شهادتهن درهما واحدا لم يحكم بشهادتهما في درهم لأن العدد الكثير منهن حيث يجوز ان يمالى بمزلة الرجل الواحد فكذلك لا تجوز شهادتهن في العتق وتجوز فيما يفيض الى العتق ويؤول اليه والله أعلم وأحكم ص
قال مالك ومن الناس من يقول لا يكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

قال مالك ومن الناس من يقول لا تكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شيء له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول ان يقال له أرأيت لو أن رجلاً ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه حق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا يبدل من البلدان فبأي شيء أخذ هذا أو في أي كتاب الله وجدته فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد وان لم يكن ذلك في كتاب الله عز وجل وانه ليكفي من ذلك ماضى من السنة ولكن المرء قد يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة في هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى * ش قوله ان احتج محج على من يميز اليمين مع الشاهد بأن الله تعالى يقول فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان قال وهذا يقتضى ان عدم الرجلان لا يجزىء الا رجل وامرأتان والزيادة في النص عندهم نسخ ولا يجوز نسخ القرآن بالقياس ولا بخبر الواحد والجواب ما أجاب به ان من ادعى على رجل مالا قال المطلوب يحلف ما ذلك الحق عليه وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة وليس هذا في كتاب الله ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بمحدث صحيح ولا قياس ولا يثبت الا بما يجوز فيه النسخ للقرآن لان هذا كله زيادة في نص القرآن وان لم يكن هذا زيادة في نص القرآن لانه ينافي النص فكذلك ما ذكرناه فانه لا ينافي النص فانه لو قال فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان أو فرجل ويمين الطالب لصح ذلك وقال كثير من أصحابنا ان الزيادة في النص ليست بنسخ لان النسخ ازالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتاً والزيادة في النص لا تزيل حكم المزد عليه بل تبينه وتضيف اليه شيئاً آخر ولذلك اذا فرضت الصلاة ثم فرض الصيام لم يكن فرض الصيام نسخاً لفرض الصلاة وقال القاضي أبو بكر ان الزيادة في النص اذا غيرت حكم المزد عليه فهو نسخ واذا لم تغيره فليس بنسخ ومعنى تغييره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين ثم يؤمر بها أربع ركعات فهذا نسخ لان الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع ولو افتتح الصلاة على ركعتين وأتمها على حسب ما كان يصلها قبل ذلك وسلم منها ثم أراد أن يضيف اليهما ركعتين أخريين يتم بهما ظهراً وعصره لم يجز ذلك فهذا نسخ وأما الذي لا يغير حكم المزد يفتل أن يأمر بالحدار بعين ثم يؤمر به ثمانين فهذه الزيادة لا تغير حكم المزد يد ولو ابتدأ بغيره على أربعين وأتمها على حسب ما كان يأتي بها قبل الأمر بالثمانين ثم أراد أن يتم عليه الثمانين كان له ذلك وفي مسئلتنا هذه الزيادة التي يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين لم تغير حكم المزد عليه بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين

(فصل) وقوله بعد ذلك فان نكل المدعي عليه حلف صاحب الحق ليس مما لا اختلاف فيه فان أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعي بنكول المدعي عليه ولا يثبت عندهم في جنة مدعي المال فيستعمل أن يرد بقوله انه مما لا خلاف فيه في بلد من البلدان ولا بين أحد من الناس إيجاب اليمين على المنكردون رد اليمين على المدعي بنكول المنكر لما قدمناه من خلاف أهل الكوفة وسائر الكوفيين في ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وانه ليكفي في هذا ماضى من السنة لعله يريد الحديث الذي أورده لان أهل الكوفة وسائر الناس كانوا في ذلك الزمان يقولون بالمراسيل وقوله ولكنه المرء يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة يريد أن يعرف وجه الصواب من جهة المعنى والقياس وقطعاً تراص

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شيء له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول ان يقال له أرأيت لو أن رجلاً ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه حق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه بين الأئمة وليس هذا في كتاب الله ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بمحدث صحيح ولا قياس ولا يثبت الا بما يجوز فيه النسخ للقرآن لان هذا كله زيادة في نص القرآن وان لم يكن هذا زيادة في نص القرآن لانه ينافي النص فكذلك ما ذكرناه فانه لا ينافي النص فانه لو قال فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان أو فرجل ويمين الطالب لصح ذلك وقال كثير من أصحابنا ان الزيادة في النص ليست بنسخ لان النسخ ازالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتاً والزيادة في النص لا تزيل حكم المزد عليه بل تبينه وتضيف اليه شيئاً آخر ولذلك اذا فرضت الصلاة ثم فرض الصيام لم يكن فرض الصيام نسخاً لفرض الصلاة وقال القاضي أبو بكر ان الزيادة في النص اذا غيرت حكم المزد عليه فهو نسخ واذا لم تغيره فليس بنسخ ومعنى تغييره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين ثم يؤمر بها أربع ركعات فهذا نسخ لان الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع ولو افتتح الصلاة على ركعتين وأتمها على حسب ما كان يصلها قبل ذلك وسلم منها ثم أراد أن يضيف اليهما ركعتين أخريين يتم بهما ظهراً وعصره لم يجز ذلك فهذا نسخ وأما الذي لا يغير حكم المزد يفتل أن يأمر بالحدار بعين ثم يؤمر به ثمانين فهذه الزيادة لا تغير حكم المزد يد ولو ابتدأ بغيره على أربعين وأتمها على حسب ما كان يأتي بها قبل الأمر بالثمانين ثم أراد أن يتم عليه الثمانين كان له ذلك وفي مسئلتنا هذه الزيادة التي يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين لم تغير حكم المزد عليه بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين

المعترض عليه بتأويل أو غيره لان ذلك أقوى لغلبة الظن وأبين لوجه تعلق ذلك الحكم بما يتعلق به وما هو مثله والله أعلم

✽ القضاء فبين هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ✽

ص ✽ قال يحيى قال مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد في ورثته أن يحلفوا على حقوقهم مع شاهدهم قال فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شيء وذلك أن الأيمان عرضت عليهم قبل فتركوها الآن يقولوا لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم أنهم انما تركوا الأيمان من أجل ذلك فإني أرى أن يحلفوا ويأخذوا ما بقي بعد دينه ✽ ش وهذا على ما قال ان المتوفى اذا كان عليه ديون وله دين فشهد له شاهد أن للورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويبدأ الغرماء لان الدين مقدم على الميراث فان فضل شيء كان لهم بالميراث فان نكل الورثة حلف الغرماء وهذا الظاهر من المذهب أن الورثة يبدؤون باليمين على الاطلاق وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه قال سحنون انما كان للورثة أن يحلفوا أولا في مسألة الأصل لان الغرماء لو نكلوا عن اليمين انهم لم يقبضوا دينهم كان للورثة اليمين مع الشاهد أولا اذا لم يتم الغرماء فان قاموا وثبتت حقوقهم وطلبوا أن يحلفوا فافهم المبدؤون بها لانهم أولى بتركته وجه القول الأول ان الورثة أولى بالتركة بدليل أن للورثة أن يدفعوا الى الغرماء من أموالهم ويحتصون بالتركة دون الغرماء ولو كان الميت حيا لما كان للغرماء أن يحلفوا فكذلك مع ورثته لانهم يقومون مقامه ما أرادوا التركة ووجه القول الثاني قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فلما كان أصحاب الدين مبدئين قبل الورثة في الأخذ فكذلك في الأيمان اذا حكم لهم بصفة دينهم (فرع) اذا ثبت ذلك فلاختلاف بين مالك وسحنون في تبدئة الغرماء والورثة بالأيمان على الوجه الذي تقدم وقال محمد والمعروف من قول مالك ان الورثة مبدؤون بالأيمان ان كان في المال فضل فان لم يكن فيه فضل حلف الغرماء فان نكلوا حلف الغريم وبرى والذى روى ابن وهب عن مالك خلاف هذا وخلاف قول سحنون وهو أشبه بما في الموطأ فانه روى عنه اذا قام للغرماء شاهد للميت بدين ان الورثة يحلفون معه فان نكلوا حلف غرماءه واستحقوا قدر دينهم فان فضل شيء لم يأخذ به الورثة الابيين فدل قوله ان الغرماء اذا قاموا بالشاهد انهم انما قاموا به بعد ثبوت حقوقهم واستحلافهم انهم قبضوا دينهم ولولا ذلك لما كان لهم القيام بالشاهد ومع ذلك فالورثة مبدؤون بالأيمان لما قدمناه ودل قوله في آخر المسئلة فان فضل شيء لم يأخذ به الورثة الابيين على انه لم يفضل شيء فان الحكم فيه ماتقدم (فرع) واذا امتنع الورثة من اليمين أولا لحلف الغرماء وبقي من الدين الذي حلف عليه الغرماء فهل للورثة أن يحلفوا ويأخذوه وقد تقدم من رواية ابن وهب ان لهم ذلك على الاطلاق وفي المجموعة من قول مالك ليس للورثة معاودة اليمين لنكولهم عنها أولا الا أن يقولوا لم نعلم ان في دين الميت فضلا عن الديون التي عليه ونعلم ذلك الآن فيحلفون ويأخذون الفضل وهو معنى ما في الموطأ وجه القول الاول ان نكولهم أولا لم يكن نكولا عن اليمين وتسليم الحق وانما كان امتناعا عن يمين يصير ما استحق بها الى غيرهم ولو كان نكولا له حكم النكول لما انتقلت اليمين الى الغرماء وانما كانت تنتقل الى المطلوب وهذه اليمين في الحقيقة انما هي يمين ينوب فيها الورثة عن الغرماء فاذا استوفى الغرماء أيمان الورثة حينئذ يستحقون بها ما يحلفون عليه فان نكلوا حينئذ عن اليمين لم يكن لهم

✽ القضاء فبين هلك وله

دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ✽

✽ قال يحيى قال مالك في

الرجل يهلك وله دين عليه

شاهد واحد وعليه دين

لناس لهم فيه شاهد واحد

فيأبى ورثته أن يحلفوا

على حقوقهم مع شاهدهم

قال فان الغرماء يحلفون

ويأخذون حقوقهم فان

فضل فضل لم يكن للورثة

منه شيء وذلك أن الأيمان

عرضت عليهم قبل

فتركوها الآن يقولوا لم

نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم

أنهم انما تركوا الأيمان من

أجل ذلك فإني أرى أن

يحلفوا ويأخذوا ما بقي

بعد دينه

معاودتها ووجه القول الثاني ان الورثة اذا حلفوا فاما يحلفون على جميع الدين فاذا انكروا فقد بطل
حقهم منه كالشركاء في الميراث من حلف منهم فاما يحلف على اثبات جميع الدين من نكل بطل حقه
وثبت الدين لغيره في حصته فاذا علم الورثة بالفضل فنكلوا عن الدين فقد أبطلوا حقهم منه وان لم
يعاوا به ثبت لهم الدين عند ظهوره (مسئلة) ولو حلف الغرماء وطراً مال آخر لليت فلهم الأخذ منه
وليس للغرماء أخذ الدين الذي فيه الشاهد الا بما منهم قاله أصبغ ومحمد بن عبد الحكم وزاد اذا
كان الغرماء لم يأخذوا حقوقهم من الدين حلفوا مع الشاهد فيه وأراه عني قول أصبغ قال ابن
المواز ليس للغرماء ولا للورثة أخذ الدين الا بيمين الورثة ولا يعني يمين الغرماء التي حلفوا ووجه القول
الاول انه لما حلف الغرماء كان لهم أخذ دينهم بما حلفوا عليه فاما اذا أخذوا من غيره وتركوا ذلك الدين
فقد صار حق الورثة فلا يصح يمين الغرماء فيه فلا بد أن يقرن بالشاهد يمين الورثة الذين ينتقل اليهم
الدين بالميراث ووجه قول ابن المواز انه لما ظهر المال لليت تبين ان ايمان الغرماء كانت لغوا لا يستحق
بها حق لان دينهم في الذي لا يحتاج الى استحقاقه الى يمين فكان بمنزلة أن يحلفوا مع ظهور المال
ويختاروا الحلف والأخذ من الدين دون المال الظاهر وقد قال محمد بن عبد الحكم لا يحلف ههنا الا
الورثة وانما يحلف الغرماء اذا لم يكن لليت مال ظاهر يقتضي منه الدين غير المال الذي يستحق
بالشاهد واليمين ويجوز أن يكون محمد بن عبد الحكم يرى ذلك في المال المعلوم دون المال الذي لا يعلم به
رواه ابن المواز في الوجهين (مسئلة) ويحلف كل واحد من الغرماء على ان الدين الذي شهد به
الشاهد جميعه حق ليس على ما ينوبه رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المفسس
يحلف غرماءه مع شاهده على دينه * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندى مثله ووجه ذلك ان حق
كل انسان منهم شائع في جميع الدين فاما يحلف على اثبات جميعه (مسئلة) ومن نكل منهم فلا
محاصلة مع من حلف قاله مطرف وابن الماجشون في مسئلة المفسس ووجه ذلك انه بنكوله قد
أبطل حقه مما حلف عليه أصحابه كما لو نكل جميعهم (فرع) ومن حلف أخذ جميع حقه من هذا
الدين لا مقدار ما يقع له منه لو حلف أصحابه أو قام به شاهدان قاله محمد بن عبد الحكم وفي العتبية من
رواية عيسى عن ابن القاسم ان نكل يعطى الغرماء كان لمن حلف بقدر حقه وبعد القول الاول
ان من نكل منهم عن اليمين فقد بطل حقه من الدين وكأنه لم يكن له في هذا المال حق فلا تأثير لادعائه
فيه ولم يتعلق بمال الميت الا الذين من حلف فوجب أن تكون المحاصة على ذلك ووجه رواية عيسى
ان الغرماء لم ينابا كرم بعضهم بعضا فن حلف منهم استحق حقه في مال الميت ومن نكل بطل حقه فلم
يرجع ذلك الى أصحابه ولذلك لا ترد الايمان عليهم وانما رجع نصيبه الى من يستحق مال الميت من
ينا كرهذا المدعى وعليه ترد اليمين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان رجع أحد من الغرماء بعد نكوله
الى أن يحلف ويأخذ حصته قال مطرف في مسئلة المفسس ليس له ذلك وقال ابن الماجشون له ذلك
فوجه رواية مطرف أن النكل يبطل حق الناكل ويمنعه معاودة ما نكل عنه كما لو نكل صاحب
الدين ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من انه يقول لم أكن بتحقيق الأمر فأردت أن أكشف
عنه وأبحث وقد تحققت الآن (مسئلة) وهل يحلف الغرماء مع الشاهد ببراءة الميت من دين يثبت
عليه بشاهدين وقام له شاهد بالبراءة منه روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية يحلف الغرماء على
إبرائه وينفرد دون بالتركة روى ابن حبيب عن أصبغ لا يحلف الغرماء في ابراء الميت وانما
يحلفون في دين له وجه القول الاول ان هذه يمين يصل بها الغريم الى استيفاء حقه فوجب أن

يستوفى فيها الإبراء واثبات الدين كيمين من عليه الحق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أن يمين الغريم على إبراء الميت رجم بالغيب لأنه لا يعلم ذلك وقال ابن المواز ليس هذا رجا بالغيب وإنما حلف بخبر مخبر كخلفه على اثبات دين له

﴿ القضاء في الدعوى ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فإذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملبسة أحلف الذى ادعى عليه وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه ﴾ قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا أنه من ادعى على رجل بدعوى نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملبسة أحلف المدعى عليه فإن حلف بطل ذلك الحق عنه وإن أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعى خلف طالب الحق أخذ حقه ﴾ ش قوله فى الذى يدعى على رجل حقا إن كانت بينهما مخالطة أو ملبسة أحلف المدعى عليه وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعى يستخلف المدعى عليه من غير اثبات خلطة والدليل على ما نقوله أن مجرد الدعوى لا يوجب حكما إلا لوجه ضرورة واستخلاف المدعى عليه مضرة تلحقه فلا يجوز أن يؤذى باليمين بمجرد الدعوى عليه إلا أن تكون ضرورة بأن يكون من الأمور التى تقع عليه كثيرا من غير مخالطة ولذلك تأثير فى الشرع وبذلك تقبل شهادة الصبيان فى القتال لما كان يتعذر اثبات ذلك بشهادة العدول والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فى ذلك أبواب ثلاثة ﴾ الأولى فى الدعوى التى يعتبر فيها الخلطة وتميزها من غيرها ﴾ والثانى فى تفسير معنى الخلطة وتميزها من غيرها ﴾ والثالث فيما ثبتت بدخلطة (الباب الأول فى تفسير ما تعتبر فيه الخلطة)

ما تعتبر فيه الخلطة هو المداينة وادعاء دين من معاوضة وفى كتاب ابن المواز وكذلك أن ادعى عليه كفالة بحق فلا يلزمه ويلحقه أن لم يكن بينهما مخالطة ووجه ذلك أن الكفالة نوع من المعاوضة مبنى على المشاحبة بين الكفيل ومن تكفل له فأشبه البيع (مسئلة) وإن أوصى أن لى عند فلان كذا حلف المدعى عليه من غير اثبات خلطة رواه فى العتية أشهب وابن نافع عن مالك وقاله ابن كنانة وقال إن الميت عند موته أقرب ما يكون إلى الصدق فيوجب من ذلك ما توجه المخالطة وما قاله له وجه لأن لقول المدعى عند موته تأثرا فى تحقيق الدعوى الموجبة للإيمان بناء على قول مالك فى قول المدعى دعى عند فلان (مسئلة) ومن ادعى ثوبا بيد إنسان أنه له فاليمين على المدعى عليه لأنه ليس كل من له ثوب أو عرض يمكنه اثباته بالبينة ولو احتج إلى ذلك لتعذر حفظ الشهود له وضبطهم لذلك مع كثرة ولزمتهم من مراعاته ما يشق فيؤدى ذلك إلى إبطال الحقوق فلذلك يثبت فى مثله اليمين بغير خلطة (مسئلة) والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادعى عليهم فى صناعتهم دون اثبات خلطة قاله يحيى بن عمر وقال لأنهم نصبوا أنفسهم للناس وهذا يلزم عليه تجار السوق فأنهم نصبوا أنفسهم للشراء من الناس والبيع منهم غير أن الفرق بينهم أن الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل والمعامل خاصة دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك (مسئلة) والعبد المأدون فى التجارة يبيع متاعا فيقتضى الثمن هو وسيده فيدعى المتبايعون قضاء السيد بعض الثمن قال ابن عبدوس وابن سمعون عن مالك عليه اليمين أن أنكر ووجه ذلك أن اليمين التى تعتبر فيها المخالطة

﴿ القضاء فى الدعوى ﴾

﴿ قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فإذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملبسة أحلف الذى ادعى عليه وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه ﴾ قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا أنه من ادعى على رجل بدعوى نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملبسة أحلف المدعى عليه فإن حلف بطل ذلك الحق عنه وإن أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعى خلف طالب الحق أخذ حقه

انما هي ما حقت دعوى تناولت معاوضة لان المدعى عليه منكر لسببها وأما من ادعى عليه قضاء دينه فلا اعتبار فيها بالخلطة لانه مقر بها بالثمن قد أوجب على نفسه اليمين وكان ذلك بمعنى ومن أوصى ان لفلان عليه ديننا فطلب الورثة يمين المقر له ان حقه لحق قال ابن كنانة لا يأخذها حتى يحلف وقد قضى عليه عندنا في مثل هذا مرة باليمين ومرة بلا يمين ومعنى قوله ان حقه لحق يريد لباقي لم يقبضه وأما ان يحلف على تحقيق ما أوصى به الميت فلا معنى لذلك وجه اثبات اليمين عليه لجواز ان يقبضه بعد الاقرار ووجه نفي اليمين ان الموصى قد صدقه في حياته ومات على تصديقه ولم يقبضه أحد بعد موته لان القضاء انما يكون من فعل الوارث وهو يعلم انه لم يقبضه فلا معنى لاستحلافه (مسئلة) وانما تجب اليمين في الدعاوى مع تحقيقها وتحقيق الانكار ولو قال رجل لرجل انا أحلف أن لى عليك كذا لم يلزمه يمين حتى يحقق يمينه من كتاب ابن المواز (مسئلة) فاذا لم تكن خلطة وكان المدعى عليه منهما فهل تجب اليمين عليه بمجرد الدعوى فقد قال سحنون يستحلف والمشهور من المذهب المنع من ذلك واحتج سحنون على قوله هذا بأن التهمة تأثر في الأحكام لان مالكاً قال في المرأة تدعى أن رجلاً من يشار اليه بالخبر استكرهها انها تتحدوان كان يشار اليه بذلك نظر الامام فيه فالتهمة توجب ما توجب الخلطة من اليمين ووجه القول الثاني ان حكم العدل والفاجر في الايمان التي تحقق فيها الدعاوى سواء وانما يختلف في يمين التهمة والله أعلم

(الباب الثاني في تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها)

اذ اثبت اعتبار الخلطة فالخلطة المعتمدة روى أصبغ عن ابن القاسم في العتية قال هي أن يسالفه مبايعه ويشتري منه مراً وان تقابض في ذلك السلعة والتمن وتفاصلا قبل التفرق وقاله أصبغ وقال سحنون لا تكون الخلطة الا بالبيع والشراء من الرجلين يريد المتداعيين وجه القول الاول أن المسالفة واتصالها من المتداعيين تقتضي التعامل ويشهد للبائع أنه اذا كان يسلف كل واحد منهما صاحبه جاز أن يبايعه ور بما كانت هذه الدعوى من جهة السلف فيثبت بينهما بذلك ما يوجب اليمين وجه قول سحنون ان الخلطة انما تعتبر في ديون المبايعه فيجب أن يكون الاعتبار بها (مسئلة) ولا تثبت بين أهل السوق مخالطة بكون المتداعيين من أهل السوق حتى تثبت التبائع بينهما قاله المغيرة وسحنون قال سحنون وكذلك القوم مجتبهون في المسجد للصلاة والأنس والحديث فانه لا يثبت بينهما بذلك خلطة ووجه ذلك ما قدمناه من أن التداعي من جهة البيع فيجب أن تثبت بينهما خلطة بسبب البيع (مسئلة) واذا كانت الخلطة بتأرجح قديم وانقطعت بقى حكم المخالطة بينهما قاله أصبغ وسحنون وقال ابن المواز ان قال المدعى عليه قد كانت بيننا خلطة وانقطعت فان ثبت انقطاعها لم يحلف الا بخلطة ثانية مجددة تثبت ببينة وان قضى له عليه اليوم بمائة دينار أقام فيها بينة ثم جاء من الغدي يدعى عليه حقا آخر فلا يمين له عليه بسبب تلك الخلطة لانقطاعها حتى يقيم بينة على خلطة لم ينقطع أمرها والى نحو هذا ذهب ابن حبيب وقال ان من قبض حقه من مخالطة قديمة ببينة ثم ادعى حقا غيره لا يعرف له سبب فلا يحلفه بالخلطة الاولى فقول أصبغ وسحنون يقتضي ان معرفة الخلطة بينهما توجب اليمين في دعاوىهما دون أن يعرف سبب تلك الدعاوى وان عرف انقطاع الدعاوى وقول ابن المواز ابن حبيب تقتضي أن كل معاملة تجري بينهما يلزم معرفتها ومعرفة التعامل بينهما من وقتها والام تلزم اليمين

(الباب الثالث فيما ثبت به الخلطة)

أما ما ثبت به الخلطة فافقر المدعى عليه بها والبينة تشهد بها قاله ابن المواز وأما من أقام شاهدا واحدا بالخلطة ففي المجموعة عن ابن كنانة أن شهادة رجل واحد وامرأة واحدة توجب اليمين أنه خلطة وروى عيسى عن ابن القاسم في المدينة مثل قول ابن كنانة في الشاهد وقال ابن المواز إذا أقام بالخلطة شاهدا واحدا حلف المدعى معه وتثبت الخلطة ثم يحلف حينئذ المدعى عليه واحتج ابن كنانة بقوله إنما هو أمر لا يجب به عليه غير اليمين فتثبت بسبب أو بشيء يريده مما تقوى به دعوى المدعى والله أعلم وأحكم ووجه قول ابن المواز أنه معنى يثبت فلا يثبت إلا بما يثبت به الحقوق ولما اختص بالمال ثبت بما ثبت به المال من الشاهد واليمين (مسئلة) ومن أثبت حقه ببينة فدفعها المطلوب بعداوة فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في العتبية هو كمن لم يشهد له وقال سحنون مثله قال أبو بكر بن محمود قد قيل يحلف وجه القول الأول أن البينة المردودة لما لم تؤثر فيما شهدت به من الحق فبأن لا تؤثر في غير ذلك مما لم يشهد به من الخلطة أولى ووجه القول الثاني أن هذه البينة وإن كانت قد ردت بعد القبول فإن حكمها حكم اليمين في إيجاب اليمين والشاهد في الدماء (فصل) وقوله وكان عمر بن عبد العزيز يقضي بين الناس فإذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا يقتضي أن الدعاوى إنما تكون على الحاكم وقد كان عمر بن عبد العزيز أميراً على المدينة ثم كان خليفة ويحتمل أنه كان يقضي في الحالتين أو في أحدهما فأما الخليفة فلا خلاف في جواز حكمه وقد حكم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وإنما استتضى القضاة حينئذ في الأمر وشغل الخلفاء (مسئلة) وأما أمير غير مؤمر يريده أنه غالب مالك للأمر فقد قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ في الواخعة هو كالخليفة فينفذ حكمه إلا في جور أو خطأ بين يدي فلا يجوز حكمه قال وإن كان مؤمراً يريده ولاه غيره يفوض إليه حكومة فلا يجوز حكمه ولا أن يستتضى غيره وإن فعل لم ينفذ حتى يفوض إليه نصا فيكون له حينئذ أن يستتضى قاضيا ويجوز حكمه وحكم قاضيه وقال ابن القاسم في المجموعة إذا كان مثل والي الاسكندرية أو والي الفسطاط أمير الصلاة فإن قضاءه ماض وقضاء قاضيه إلا في جور بين ونحوه روى عن سحنون وزاد فإن لم يكن الأمير عدلاً لم يجز قضاؤه وجه قول ابن الماجشون أن الولاية إذا كانت بغلبة وملسكة للأمر فهي عامة وإذا ولاه غيره فهي مقصورة على ما ولاه إياه دون غير ذلك فإذا لم يول على القضاء والاحكام وتقديم الصلاة لم يكن له وجه قول ابن القاسم أن ولاية الامارة عامة فتشتمل على معنى القضاء وإن لم ينص عليه (مسئلة) وإذا قضى صاحب السوق في الاموال والارضين والناس قاض أو مات قاضيه فقد قال سحنون في كتاب ابنه والمجموعة أن جعل إليه ذلك الأمير الذي يولى القضاة كأمر مصر وأفريقية والاندلس جاز قضاؤه إذا كان عدلاً فقيهاً وإن لم يجعل ذلك إليه لم يجز قضاؤه إلا فيما أذن له فيه (مسئلة) وإلى المياه إذا جعل إليه الأمير القضاء وكان عدلاً وحكم بصواب جاز حكمه وإن لم يكن عدلاً لم يجز قضاؤه قاله سحنون في كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس ووجه ذلك أن العدالة شرط في صحة الحكم فإذا قدم للقضاء وإلى المياه أو غيره وجدنا فيه شروط القضاء من العدالة وغيرها صحت أحكامه وإن عدت لم يصح ذلك منه وبالله التوفيق (مسئلة) ولو حكم رجلان بينهما ما رجلا ففرض بينهما قضاؤه جاز قاله مالك في المجموعة قال ابن القاسم وإن قضى بما يختلف فيه ويرى القاضي خلافه فحكمه ماض إلا في جور بين وقاله سحنون في كتاب ابنه ووجه ذلك أنه ما قدمه للحكم بينهما بما يراه والتزم ذلك فلا يلزمه ما ذلك إلا بما وافقتهما

عليه وموافقته هو لهما في ذلك (فرع) ومتى يلزم ما ذلك قال ابن القاسم في المجموعة اذا حكام واقاما
 البيئة عنده ثم بدا لأحد هما قبل ان يحكم قال أرى ان يقضى بينهما ويجوز حكمه ونحوه في كتاب ابن
 حبيب لمطرف وأصبح قال مطرف له النزوع قبل نظرا لهما كم بينهما في شيء فأما بعد ان ينشأ في
 الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما فلا نزوع لواحد منهما ويلزمهما التماضي قال أصبح كاليس
 له اذا تواضعا للخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلأ أو يعزل وكيلأه وقال ابن الماجشون ليس
 لأحدهما أن يبدوله كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعد ما نأشبه الخصومة وحكمه لازم لهما حكم
 السلطان لمن أحب منهما أو كرهه نظر لصاحبه كما ينظر السلطان في حق الغائب وقال سحنون في
 المجموعة وكتاب ابنه لكل واحد منهما ان يرجع في ذلك ما لم يمض الحكم فيه فإذا أمضاه بينهما فليس
 لأحدهما أن يرجع فيه ووجه القول الاول بأنه يلزم بالتحكيم وهو قول ابن القاسم ومن تابعه انه عنده
 من باب الوكالة لوجهين أحدهما انه كما خاص والولاية عامة والثاني أن حكمه انما يكون باذن من
 يحكم له أو عليه وهذا معنى الوكالة وأما الولاي فانه لا يعتبر في ذلك تحكيم المتخاصمين وهي عند ابن
 الماجشون من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضيان به والوكالة لا تكون
 بحضرة الموكل الا بما يرضاه وجه قول ابن القاسم انه يلزم بشرعه في النظر بينهما ولا يلزم بالقول
 ما احتج به أصبح منه امن انها كالوكالة لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما شرع في الخصومة عند
 القاضي وله ذلك قبل أن يشرع فيها ووجه قول ابن الماجشون انه يلزم بالتحكيم ورضاه به لأنه يحكم
 بين آدميين فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين ووجه قول سحنون ان الخصومة عند القاضي
 يتعلق بها حق التنفيذ للقاضي لأن ذلك لازم له وهذا الوكيل لا يشرع عند غيره فهو بمنزلة
 الوكيل على النظر للموكل له أن يعزله متى شاء عما يستقبل من عمله دون القاضي والله أعلم (مسألة)
 ولو حكم المتخاصمان رجلين حكم أحدهما ولم يحكم الآخر فان ذلك لا يجوز له قاله سحنون في كتاب
 ابنه ولو حكم جماعة فاتفقوا على حكم نفذوه وقضوا به جاز قاله ابن كنانة في المجموعة ووجه ذلك انهما
 اذا رضيا بحكم رجلين أو رجال فلا يلزمهما حكم بعضهم دون بعض كمالو وكل رجل رجلين يشترى لهما
 ثوبا أو يطلقان امرأته ففعل ذلك أحدهما لم يلزمه واذا اتفقا على ذلك فقد وجد الحكم من جميع من
 تراضيا بحكمه كمالو كان واحد فانفرد حكمه على الصواب وهذا كما نقوله في الحكمين بين الزوجين
 وفي جراء الصيد انه يجوز من اثنين ولا يجوز أن يولى رجلين القضاء على ان يحكما جميعا في حكومة
 واحدة يشهد بها الشهود عند كل واحد منهما ولا ينفذانها الا باتفاق منهما ولا أن يتفق قاضيان على
 ان ينظرا في قضية واحدة لا ينفذ الا بائنا ذهما ولا خلاف في ذلك بين المسلمين ويكفي في ذلك
 ما اتصل به العمل منذ بعث الله محمد صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في جميع الاعصار والبلاد لم يعلم
 انه جرى شيء من ذلك الى أن ظهرت هذه البدعة بأندة من كور الاندلس فتولى التقديم فيها للقضاة
 رجل مسرف على نفسه مع فرط جهله فقدم ثلاثة لا ينفذ أحدهم فيها قضية الا باتفاق منهم ولقد
 بلغني ان الشهود كانوا يشهدون عند الاول فيكتب على شهادة الشاهد شهد ثم يشهد ذلك الشاهد
 عند الثاني فيكتب على شهادته عندنا ثم يشهد عند الثالث فيكتب على شهادته فيحصل بما
 كتبوه شهد عندنا فأما أحدهم فنزع عن ذلك ولا أراه الا بلغه انكارى للامر وأما الآخران فأصرا
 وتماديا على ضلالتهم وسوغ لهم حكام الجزيرة وفقهاؤهم ذلك لقلة مراعاتهم لهذا المعنى والفرق
 بين القاضي المولى للقضاء وبين الرجلين يحكما هما الخصمان بينهما ان القضاء ولاية كالامارة والامانة

فلا تصح من اثنين ويكفي في ذلك ما قام به الانصار يوم السقيفة وقالوا للمهاجرين من أمير ومنكم أمير فقال عمر لسيفان في غمد لا يصطلحان أبدا ورجع الناس الى قول أبي بكر وعمر والمهاجرين وأجمعوا عليه ووجه ثان ان امانة الخلافة تشمل على معينين على الصلاة والأحكام وهي أصل التقديم فيها فكل لا يجوز أن يتقدم رجلان يصليان بالناس صلاة واحدة كذلك لا يجوز أن يقدم للناس حاكم يحكم جميعا في كل حكم ووجه ثالث وهو ان الامام انما يقدم للملاحكم من رضى دينه وأمانته وعلمه ومن يحكم بين الناس بما يؤدبه اليه اجتهاده وهذا في مقارنة آخره لا يجوز حكمه الا بموافقة عليه لان هذه صفة من يخاف عليه الضلال لكثرة منه وتقصيره عن القيام بالحق قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن نطصل احدهما فتذكر احدهما الاخرى ولا خلاف ان حكم الواحد هو المشهور المعروف الذي لا يعرف غيره ولم ينقل عن احدهما الا أنه سواء كما أن كل واحد من الشاهدين يقوم مقام شاهد كامل العدالة فاذا تعذر ذلك لكثرة حاجة الناس الى الشهادات وانه لم يزل أحد هذا فيقول فيه عليه فالمرأتان لثقتان دينهما يقومان مقام الرجل الواحد ولا يقيم رجلان من الشهداء مقام رجل فكذا لا يصح أن يقيم حاكم مكان مقام حاكم واحد ولو جاز ذلك لجاز تقديم النساء وتوليتهن الحكومة فتقوم امرأتان مقام رجل وهذا باطل باتفاق ومما يجري مجرى هذا ما جرى ببلد نابجة الرقة فاتهم قدموا للقضاء ابن عمر وكان رجلا أعمى ولا خلاف بين المسامحين في ذلك من المنع والتعريم له وبه قال أبو حنيفة والشافعي وبلغنى ذلك عن مالك وقد أنكرت هذا حين وقوعه * وفيما بقي من مسألة التحكيم بابان * أحدهما في صفة من يجوز تحكيمه * والثاني في تعيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها

(الباب الاول في صفة من يجوز تحكيمه)

فاما صفة من يحكم فإن يكون رجلا حرا مسلما بالغاعا لا عدلا رشيدا قال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه لو حكما مسخوطا أو امرأة أو مكاتبا أو عبدا أو كافرا حكما بينهما فحكمه باطل قال ابن الماجشون في المجموعة وكذلك المولى عليه وقال في الواضحة وكذلك الصبي والمسخوط والنصراني قال أشهب وكذلك الصبي والمعتوه والموسوس وان أصابوا الحكم لم يجز حكمهم وقاله مطرف في العبد والمرأة وقال أشهب في كتاب ابن سحنون ان حكما بينهما امرأة فحكمهما باطل اذا كانا مما يختلف الناس فيه وكذلك العبد والحرا المسخوط وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان كان العبد والمرأة بصير بن عارفين مأمونين فان تحكمتهم ما حكمهم ما جازا في خطابين وقاله أصبغ وأشهب قال ابن حبيب وبه أخذ وقدولى عمر الشفاء وهي أم سليمان بن أبي حنيفة سوق المدينة ولا بد لى السوق من الحكم بين الناس ولو في صفار الامور وقال أصبغ ان حكما مسخوطا فحكم فأصاب جاز وكذلك المحدود والصبي اذا كان قد عقل وعرف وعلم فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء وأصله كذا كله ان من جعله من باب الوكالة لم يراع فيه شيئا من ذلك اذا لم يكن ذاهبا العقل ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص لم يجز فيه الا من قدمنا وصفه قبل هذا من اجتمعت فيه صفات الحكم

(الباب الثاني في تعيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها)

وانما يصح حكمه بين الخصمين يحكمه في الأموال وما جرى مجراها ولا يجوز له أن يقيم حدا ولا يلاعن قاله سحنون وقال أصبغ لا يقضى بينهما في قصاص ولا حد نف ولا عتق ولا طلاق ولا نسب ولا ولاء لان هذه أشياء لا يقطعها الا الامام قال أصبغ فان حكاه حكم فبإذ كرنا انه لا يحكم فيه فنذكر حكمه وبيناه

السلطان عن العودة ووجه ذلك ان هذه أمور لها قدر في حياطة لها بان لا يحكم فيها الا من قام بالولاية العامة لان ذلك لا يكون الا بعد معرفة الامام باحواله التي يقتضى ذلك له أو يؤمن في الأغلب أمره أو من قدمه الامام أو الخاكم لمعنى يختص به في ضرورة داعية اليه والله أعلم

﴿ القضاء في شهادة الصبيان ﴾

ص * قال يحيى قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز في غير ذلك إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخبوا أو يعلموا فإن افترقوا فلا شهادة لهم إلا أن يكونوا قد شهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا * ش قوله ان عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح وهو قول أهل المدينة وبه قال على بن أبي طالب ومعاوية ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز ومنع من ذلك أبو حنيفة والثوري والشافعي ورؤي ذلك عن ابن عباس وقال مالك معناه عندنا في شهادتهم على الكبار ورؤي وكيع عن ابن جريج عن أبي مليكة ما رأيت القضاة أخذت الا بقبول ابن الزبير والدليل على ما ذهب اليه على ومن تابعه ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها والصبيان في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخاطبهم غيرهم ويجرى بينهم من اللعب والترامى ما ربما كان سببا للقتل والجراح فلو لم يقبل بينهم الا الكبار وأهل العدل لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذي يقع على الصفة في غالب الحال وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك في ذلك ثلاثة أبواب * الباب الأول في ذكر من تجوز شهادته منهم * والباب الثاني في تبين الحالة التي تجوز عليها شهادتهم * والباب الثالث في حكم من تجوز شهادتهم (الباب الأول في ذكر من تجوز شهادته منهم)

اتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح واتفقوا على أنها لا تجوز في الحقوق قال سحنون إنما أجزتها في الجراح ولم أجزها في الحقوق للضرورة لان الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون في جراح الصغار في الأغلب ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم قيل له فيلزمك على هذا الغضب أن يغضب بعضهم بعضا أو بالغيره فديقبل في الدماء ما لا يقبل في الأموال احتياطا للدماء (مسألة) واختلف أصحابنا في جوازها في القتل فروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن سحنون أنها تجوز بينهم في القتل ومنع من ذلك أشهب وجه قول مالك ان شهادتهم إنما أجزت للاحتياط للدماء ولذلك لم تجز في الحقوق والاحتياط للنفوس أعظم من الاحتياط للجراح فاذا لم تتكرر لكثرة لعبهم وتراهم بالحجارة وغيرها فأنما تجوز للضرورة فيما يكثر بينهم مما انفردوا به دون ما يقل ويندر ولذلك لم تجز في الحقوق والغضب فانه يقل بينهم ويندر حال انفرادهم (فرع) فاذا جوزت في القتل فقد قال غير واحد من أصحاب مالك لا تجوز فيه حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولا وجه ذلك أنها شهادة أجزت للضرورة فلا تثبت الا بثبوت أصلها وما يتعلق فيه شهادة العدول كشهادة النساء على الاستهلال والقتل (مسألة) ومن ذا الذي تجوز شهادته من الصبيان روى عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الاناث وقال أشهب لا تجوز شهادة الاناث

﴿ القضاء في شهادة

الصبيان ﴾

* قال يحيى قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز على غيرهم وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز في غير ذلك إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخبوا أو يعلموا فإن افترقوا فلا شهادة لهم إلا أن يكونوا قد شهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا

وقال سحنون في المجموعة اختلف قول ابن القاسم في شهادة اناتهم في الجراح فلم يجزها في كتاب
الشهادات وأجازها في كتاب الديات وقال المغيرة في كتاب ابن سحنون تجوز شهادة اناتهم
وذكورهم في القتل وقال ابن المناجشون تجوز شهادة اناتهم قال سحنون والذي آخذ به في
ذلك انه تجوز شهادتهم صغارا حيث تجوز كبارا وجه رواية المنع ان الضرورة انما تدعو الى
ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر وحضور الاناث مع الذكور منهم يقل لاسباب المواضع التي
يقبل منهم مثل هذا فلذلك لم تدع الضرورة الى قبول شهادتهم ووجه الاجازة ان الصغار تجوز
شهادتهم فيما انفردوا بحضوره كالدكور (فرع) فاذا قلنا تقبل شهادة الاناث فقد روي معن بن
عيسى عن مالك انه يقبل منهم غلام وجارياتن ورواه مطرف عن مالك وقال ابن المناجشون
أقل ما يجزى من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجارياتن ولا يجوز غلام وجارية ولا جوار
وان كثرت لانهم وان كثرت مقام اثنتين واثنتان مقام غلام ولا يحكم بشهادة الغلام قال ابن القاسم
ولا يكون معه قسامة وقال المغيرة ولا يحلف معه في الجراح لانه لو شهد معه كبير عدل سقطت
شهادته فبين الولي معه كشاهد معه (مسألة) قال مالك ولا تجوز شهادة العبد منهم زاد ابن
المناجشون ولا شهادة من على غير الاسلام ووجه ذلك ان من لا تجوز شهادته كبارهم لا تجوز
شهادة صغارهم كالمجانين والمخبولين وان شهد احراهم لعبيدهم جاز قاله أشهب في المجموعة (مسألة)
ولا ينظر في الصبيان الى عدالة ولا عداوة قاله ابن المواز وابن المناجشون قال محمد ولم يختلف في أنه
لا ينظر الى عدالة ولا جرحه فيهم قال سحنون لان عداوتهم لا تعود لها ولا تنفع في موضع العداوة يريد
والله أعلم أنه لا يثبت وليس لهم من الحال ما يقصدون به الى اذى من يعاديهم بمثل هذا قال ابن القاسم
في كتاب ابن المواز اذا ثبتت العداوة لم يجز ووجه ذلك أن هذه شهادة تأخر في ابطالها العداوة
كشهادة الكبار (مسألة) وهل يجوز لذوي القرابة قال ابن المواز لا ينظر في شهادتهم الى
جرحه ولا قرابة وقال عبد الملك تسقط في القرابة وقال في المجموعة يجري مجرى الكبير في
الأبوين والجدود والزوجة فتدفع في هذا لانه يجري الى نفسه وقاله سحنون وجه قول ابن المواز انه لم
يعتبر بعداوتة ولا عدالة فيجب أن لا يعتبر بقرابته لان العداوة تمنع الشهادة بكل وجه والقرابة
لا تمنعها الا على صفة مخصوصة فكانت العداوة أبلغ في رد الشهادة من القرابة فاذا لم تمنع العداوة
شهادة الصبيان فبان لا يمنع منها القرابة أولى وأحرى ووجه قول عبد الملك اعتبارها بشهادة الكبار
(الباب الثاني في تبين الحالة التي تجوز عليها شهادتهم)

هي أن لا يكون بينهم كبير وتفيد شهادتهم قبل أن يتفرقوا فأما الكبير يكون معهم فان ذلك يمنع
قبول شهادتهم وانما تجوز شهادتهم اذا انفردوا وهو قول مالك وأصحابه وجه ذلك ان شهادتهم انما
أجيزت بينهم للضرورة والضرورة انما تكون اذا انفردوا فاذا كان معهم كبير فقد زالت الضرورة
وصاروا على حالة يمكن اثبات أحكامهم معها فلم تقبل شهادتهم وقد قال أصبغ في العتبية لو شهد
صبيان أن صبياً قتل صبياً مباحة وشهد رجلان أنه لم يقتله وانهما حاضرا حتى سقط الصبي فأت
دون أن يضر به أحد أو يقتله فشهادة الصبيان نامة ولا ينظر الى قول الكبيرين كالمشهد رجلان
انه قتله وشهد آخران انه لم يقتله ولا ينظر الى العدل قال ابن سحنون أنكروا سحنون قول أصبغ
هذا وقال قول أصحابنا ان شهادة الكبيرين أحق وانها كالجرح للصغار وغير هذا خطأ غير مشكل
(مسألة) وسواء كان انكبار رجالا أو نساء لان النساء يجزى في الخطأ وعمد الصبي كخطأ قاله كله

سحنون وقال ابن المواز اذا كان معهم كبير رجل أو امرأة شاهداً ومشهود له أو عليه لم تجز شهادة الصغار الا كبير مقتول لم يبق حتى يعلمهم يريد والله أعلم أن يكون قتله بعضا لا يبقى له بعد سببه حياة يعلمهم ويلقنهم الشهادة مثل أن يلقيه أحد الصبيان من علو عظيم لا يصح أن يعيش من سقط منه أو يلقيه من علو في بحر فيغرق أو يضر به بسيف ضربة بين بهارأسه أو ما جرى مجرى ذلك (مسئلة) وهل تراعى العدالة في الكبير الذي يكون معهم قال مالك اذا شهد صبيان مع كبير لم تجز شهادتهم قال مطرف اذا كان الكبير عدلاً فاما اذا كان مسخوطاً أو نصرانياً أو عبداً لم تنصر شهادة الصبيان وقاله ابن الماجشون وأصبغ وروى ابن سحنون عن أبيه ان كان معهم كبير غير عدل وكان ظاهر السفه والجرحة جازت شهادة الصبيان ثم وقف على اجازتها وجه القول الاول انه اذا كان الذي حضر لا تميل شهادته فبان لا تؤثر في رد شهادة غيره أولى وجه قول سحنون الآخر في توقفه عن ذلك انه قد صلحت حالهم بحضور الفاسق معهم عن حال الضرورة والحال المتكررة الى حال ينسدر ويقل من حريان مثل هذا بينهم لان مثل هذا مختص بموضع يحضره الكبار والله أعلم ولذلك لو شهد الكبير بمثل ما شهد به الصبيان بطلت شهادة الصبيان وقد روى ابن سحنون عن مالك لا يقبل صبي أو صبيان ورجل على صبي ويكف شهادة رجل آخر ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك فثبت ان الذي يؤثر في منع قبول شهادتهم حضور الكبير دون اعتبار حاله والله أعلم

(فصل) وأما افتراقهم في المجموعة فمن قول مالك انه انما تجوز شهادتهم ما لم يفتروا أو يخبوا فلا تجوز وجه ذلك انها انما أجزت شهادتهم للضرورة التي قد منازكرها من انهم ينفردون باللعب بما تكثر به الجراح وربما أدت الى القتل والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها بان ثبت بما لا يثبت بها غيرهما وما يوجب القسامة ومثل ذلك لا يجوز في المال وليس لهم من الضبط والثبات ما يمنعهم من الانتقال من قول الى قول ومن رأى الى رأى ولا علمت لهم عدالة يؤمن من ذلك فاما ما يحكم باول قولهم وما ضبط منه قبل تفرقهم وأما تفرقهم ما لم تقيد شهادتهم قبل التفرق فتبطل شهادتهم فان أشهد على شهادتهم قبل تفرقهم لم يؤثر في شهادتهم تفرقهم وهذا كله معنى قول مالك (مسئلة) ومعنى قوله أن يخبوا أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الشهادة ويصرفهم عن وجهها أو يزبنوا لهم الزيادة فيها أو النقصان منها فاذا كان ذلك لم تقبل شهادتهم وبطلت وانما يقبل على الوجه الذي قدمناه (مسئلة) فان اختلفوا في الشهادة فقال اثنان منهم فلان شح فلان وقال آخرون منهم بل شح فلان في النوادر عن مالك انه قال في كتب قدم ذكرها الا كتاب ابن حبيب تبطل شهادتهم ووجه ذلك أن شهادتهم انما تقبل ما لم يكن فيها تهاثر ولو اختلفت اختلافا يقتضي في الكبار الاخذ بشهادة أحد ما لم تبطل بذلك شهادة الصبيان وقد قال ابن الماجشون في المجموعة والعتيبة لو شهد صبيان ان صبياً قتل صبياً وشهد آخر ان انه لم يقتله وانما أصابته دابة قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل ووجه ذلك انهم لو كانوا كباراً عدولاً لحكم بشهادة شاهدي القتل فكذلك هذا (مسئلة) وأما رجوعهم عن الشهادة فقد قال ابن وهب عن مالك لا يباي رجوعهم اذا أشهد على شهادتهم قبل أن يتفرقوا وقال سحنون وهو معنى قول ابن المواز الا أن يرجعوا قبل الحكم وبعدها صاروا رجلاً فيكون ذلك مبطلاً لشهادتهم بمنزلة ما لو شهد رجلان ان ما شهد به الصبيان باطل قاله ابن الماجشون في المجموعة

(الباب الثالث في حكم من تجوز شهادتهم)

فأنهم ان شهدوا بقتل صبي لصبي في كتاب ابن المواز عن ابن الفاسم تلزم العاقلة الدية بلاقسامة وقاله أصبح قال سحنون وعمد الصبي كاخطأ ووجه ذلك انها شهادة كاملة فاستغنت عن القسامة ووجبت الدية على العاقلة لانه بمنزلة قتل الخطأ والله أعلم (مسئلة) وروى ابن وهب عن مالك في ستة صبيان لعبوا في البصر ففرق واحد منهم فشهد ثلاثة على اثنين انهم ما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه قال القائل على الخمسة لان شهادتهم مختلفة قال ابن المواز هذا غلط لاختلافهم ولا يجوز وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف قال ولو كانوا كبارا فاختلفوا هكذا كانت الدية عليهم في أموالهم لانه صارت شهادتهم اقرارا وقول مالك الاول يقتضي ان اختلاف شهادتهم لا يمنع قبولها لاسيما اذا لم يكن يقتضي التهاثر وابطال بعضها والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم ﴾

ص * مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبي وقاص عن عبد الله بن نسطاس عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثماتبوا مقعده من النار * مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمي عن أخيه عبد الله بن كعب بن مالك الأنصاري عن أبي أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيئا يسيرا يا رسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات * ش قوله من حلف على منبري انما يريد والله أعلم حاشا على وجه ياتم به تبوء مقعده من النار يريد والله أعلم مقعده من النار وانما ذكر منبره في هذا الحديث على سبيل التعظيم له والاعلام بتغليظ أمره على من حلف عليه آثما وقد ذكر في الحديث الثاني حديث أبي أمامة الحارثي انه من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار ولم يذكر منبره وكذلك حديث أبي وائل عن ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان فأنزل الله تصديق ذلك ان الذين يشترون بعهدهم الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية فعلم بذلك ان ذكر المنبر في الحديث الأول على معنى التغليظ والله أعلم

(فصل) قوله وان كان قضيبا من أراك على انه لا يلزم اليمين على المنبر في قضيب من أراك لقلته وتفاهته وانما يجب ذلك فيما له بال لسكنه ان وقع من أحد اليمين على منبر النبي صلى الله عليه وسلم في قضيب من أراك أو شيء نافه فهذا حكمه وليس في الحديث انه يجبر على اليمين عند المنبر في هذا المقدر وانما تضمن الحديث حكم من حلف عنده آثما وهذا القول منه صلى الله عليه وسلم وان كان على البت فمين حلف على منبره أو حلف فاقطع بيمينه حق امرئ مسلم فأوجب له النار فان لشيؤنا في ذلك قولين أحدهما ان الوعيد ليس من باب الخبر فلا يقال لمن رجع عنه كاذب ولذلك قال الشاعر واني وان أوعده أو وعدته * لمخلف ايعادى ومنجز موعدى

يمدح نفسه باخلاف الوعيد ولو كان ذلك كذبا لمادح نفسه بها فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل عاص وقيل ان الوعيد من باب الخبر وان الخلف فيه ضرب من الكذب وذلك محال في صفة البارى تعالى فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل من علم البارى تعالى انه لا يغفر له وانه لا بد أن يعاقبه

﴿ ماجاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم ﴾

قال يعقوب حدثنا مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبي وقاص عن عبد الله بن نسطاس عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثماتبوا مقعده من النار * وحدثني مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمي عن أخيه عبد الله بن كعب ابن مالك الأنصاري عن أبي أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيئا يسيرا يا رسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات

دون من أراد العفو عنه وقد قال تعالى ذلك وعد غير مكذوب وقال عز من قائل في اسماعيل انه كان صادق الوعد فوصف الوعد بالصدق والكذب

جامع ماجاء في اليمين على المنبر

جامع ماجاء في اليمين
على المنبر

قال يحيى قال مالك عن
داود بن الحصين انه سمع
أبا غطفان بن طريف
المري يقول اختصم زيد
ابن ثابت وابن مطيع في
دار كانت بينهما الى مروان
ابن الحكم وهو أمير على
المدينة ففضى مروان على
زيد بن ثابت باليمين على
المنبر فقال زيد بن ثابت
احلف له مكانى قال فقال
مروان لا والله الا عند
مقاطع الحقوق قال فجعل
زيد بن ثابت يحلف ان
حقه لحق ويأبى أن يحلف
على المنبر قال فجعل
مروان بن الحكم يعجب
من ذلك قال مالك لا أرى
أن يحلف أحد على المنبر
على أقل من ربع دينار
وذلك ثلاثة دراهم

ص * مالك عن داود بن الحصين أنه سمع أبا غطفان بن طريف المري يقول اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم وهو أمير على المدينة ففضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكانى قال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك * قال مالك لا أرى أن يحلف أحد على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم * ش قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهب أهل المدينة ولم يكن زيد يقول انه لا يلزمه ذلك وانما كان يمتنع منه اعظاما له وقدر روى عن عبد الله بن عمر انه كان يكره ذلك وان كان صادقا ويقول أخشى أن يوافق قبرا فيقال ان ذلك ليمينه (مسئلة) واذ ثبت ذلك فاليمين تغلظ بالمسكان في الأموال وغيرها من الحقوق قال في المدونة على الطالب والمطلوب وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على منبرى آثم تبوء مقعده من النار وهذا يقتضى ان له تأثيرا في الأيمان وتعلقها ولا يفعل ذلك أحد في الغالب مختارا فثبت انه انما توجه الى الحكم به والابطال فائدة التخصيص ومن جهة المعنى ان التغليظ يتعلق بالكثير من الأموال للردع عنها كالقطع في السرقة (مسئلة) وهل تغلظ بالزمان أم لا روى ابن كنانة عن مالك في كتاب ابن سحنون ينحصر بأيمانهم في المال العظيم وفي الدماء واللعان الساعات التي يحضر الناس فيها المساجد ويجمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يحلف حين الصلوات الا في الدماء واللعان فأما في الحقوق ففي أى وقت حضر الامام استخلفه قاله ابن القاسم وأصبغ وجه القول الأول قوله تعالى تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمنا وهذه يمين في مال فجاز أى يغلظ بالزمان كاللعان والقسامة (مسئلة) هل تغلظ الايمان بتكرار الصفات روى ابن كنانة عن مالك في كتاب ابن سحنون يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار وفي القسامة واللعان على المنبر بالله الذى لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ما كانت فيه يمين واحدة حاتم هكذا وما رددت رددت هكذا وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن الأيمان في الحقوق والدماء واللعان وفي كل ما فيه اليمين على المسامين بالله الذى لا إله الا هو زاد ابن المواز والحر والعبد سواء وهذا هو المشهور من مذهب مالك وبه قال ابن القاسم ورواه عن مالك في المدونة وجه القول الاول وهو مذهب الشافعي ان هذا معنى تغلظ به الايمان فجاز أن يحكم بها أهل ذلك الزمان والمكان وجه القول الثانى ان هذه الصفات كثيرة لا يمكن أن تستوعب وليس ما نورد منها بأولى من غيرها وما يغلظ به من غيرها فله غاية لا تلحق المشقة ببلوغها ومن جهة القياس ان هذا معنى يقتضى التكرار فلم تغلظ به الايمان في الأموال كتكرار اليمين (مسئلة) واتفق أصحابنا على ان الذى يجزى من التغليظ باليمين والله الذى لا إله الا هو فان قال الذى لا إله الا هو أو قال والله فقط فقد قال أشبه لا يجوز ذلك حتى يقول والله الذى لا إله الا هو (مسئلة) ويمين الحر والعبد

والنصراني في الحقوق سواء وفي المدونة ويحلف النصراني بالله فقط ولا يزداد عليه الذي أنزل
الانجيل على عيسى واليهودي والنصراني عند مالك سواء قال ابن القاسم والمجوس يحلفون بالله
(فصل) وأما التغليظ بالمكان فهو بالجامع وهو المسجد الأعظم الذي تقام فيه الجمعة قاله مالك في
المدونة وغيره وهل يكون تغليظها بسائر المساجد في النوازل يحلف في مساجد القبائل في قليل
ولا كثير وروى ابن سحنون عن مالك ما علمت أنه يحلف في مساجد الجماعات كالمصارروى
عنه ابن القاسم في كتاب ابن المواز يحلف في مساجد الجماعة فيماله بال ولا أشك أنه يحلف فيها في ربع
دينار * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه فيحتمل عندى أن يرد المسجد الجامع فقدرى عنه
ابن وهب أن المرأة تحلف في المسجد قال يرد المسجد الجامع تخرج اليه بالليل ويحتمل أن يرد
غيره من المساجد فقدرى ابن سحنون عن أبيه في امرأتين ادعى عليهما في أرض ودور وهما ممن
لا تخرجان فارى أن تخرجا من الليل الى الجامع قال فستل ان يحلفن في أقرب المساجد اليهما وشق
عليهما الخروج الى الجامع فأجاب الى ذلك فهذه المسئلة نص في ان اليمين كانت في غير الجامع
والظاهر ان سحنونا هو الذي أسعف سؤال السائل في ذلك لما يراه من المصلحة وهذا يقتضى انه حق
للحكم في مثل هذه المسئلة وجه ذلك انه معظم من المساجد فيجاز ان تغلظ به الايمان مع ارادة الستر
لمن ثبت ذلك في حقه كالجامع ووجه الرواية الاولى ان التغليظ انما هو على معنى المبالغة وذلك
يقتضى اختصاصه بأعظم المساجد حالا ولذلك يختص بأرفع المساجد مكانا والله أعلم قال الشيخ
أبو القاسم لا يحلف عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في أقل من ربع دينار ويحلف على أقل من
ذلك في سائر المساجد (مسئلة) اذا قلنا ان اليمين تكون في المسجد الأعظم فانها تكون في
مسجد النبي صلى الله عليه وسلم عند المنبر * قال مالك ولا أعرف المنبر في سائر الآفاق وانما أعرف منبر
النبي صلى الله عليه وسلم ولكن للمساجد مواضع هي أعظم زاد ابن سحنون عن مالك ولكن
يحلف حيث يعظم فيه فيحتمل من جهة اللط ان يرد بقوله لأعرف المنبر في المساجد المنع من
اتخاذ المنبر في مساجد الآفاق وتبدأ جمع المسلمون من عهد الصحابة على اتخاذها في كل بلد وهو من
أعلم الناس بها فحال أن يرد هذا والصحيح انه أراد بذلك انه لا يعرف ان حكم سائر المنابر في البلاد
حكمها في ذلك حكم منبر النبي صلى الله عليه وسلم وانما إذا حكم يختص بمنبر النبي صلى الله عليه وسلم
وقدرى ابن وهب عن مالك لا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم وقد
روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يستهاغون فيماله بال أو في ربع دينار في المدونة عند
منبر النبي صلى الله عليه وسلم وبغيرها في مساجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء
قبلتهم ووجه ذلك عندى والله أعلم ان منبر النبي صلى الله عليه وسلم في وسط المسجد وهو في موضعه
الذى كان فيه من النبي صلى الله عليه وسلم وهو بعيد من القبلة والمحراب الذى أحدث حين زيد في
المسجد لأن حائط القبلة نقل من قرب المنبر حين زيد في المسجد فصار المنبر في وسط المسجد فكانت
اليمين عند المنبر أولى لأنه موضع مصلى النبي صلى الله عليه وسلم وعند منبره وأما القبلة والمحراب
فشئى بنى بعده وأما منابر سائر المساجد فعند المحراب فن حلف فانما يحلف عند المحراب بقرب المنبر
وأعظم شئ في المساجد المحارب ولو اتفق أن يكون في بعض البلاد المنبر في وسط المسجد لكانت
اليمين عند المحراب دون المنبر فهذا معنى قول مالك والله أعلم ومعنى قول الشيخ أبي القاسم لا يحلف
عند منبر من المنابر الا عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم الرجال

والنساء فمن كانت من النساء تخرج وتتصرف في حكمها في ذلك حكم الرجال ومن كانت منهن لا تخرج نهارا خرجت ليلا قاله ابن القاسم عن مالك قال ابن القاسم وأم الولد في ذلك بمنزلة الحرمة من كانت منهن تخرج ومن كانت لا تخرج قال الحر والعبد سواء وكذلك المكاتب والمدرس سواء وأما اليهود فيحلفون في كنائسهم والنصارى في بيعهم والمجوس حيث يعظمون رواته ابن القاسم عن مالك وقاله مطرف وابن الماجشون في الواخمة ووجه ما قدمناه من التغليظ بالمسكان فيغلظ على حكم أهل كل شريعة بالمواضع التي يعظمون

(فصل) والمقدار الذي يلزم فيه اليمين في الجامع وفي المواضع التي تعظم منه في حق الرجال ومن كان حكمها حكمهم من النساء * قال مالك لا يستحلف في المدينة عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم إلا في ربع دينار أو في ثلاثة دراهم وهو كان ربع دينار وقال الشافعي لا تغلظ إلا في مائتي درهم أو عشرين دينارا ودليلنا على ذلك أن ربع دينار قد يتعلق به القطع في السرقة كالعشرين دينارا (مسألة) ولا تغلظ إلا بما ذكرناه في أقل من ربع دينار وحكي القاضي أبو محمد أن بعض المتأخرين قال إن الأيمان لا تكون إلا عند المنبر في القليل والكثير والدليل على ما نقوله أن هذا نوع من الردع عن المال فلم يتعلق بالقليل منه كالقطع في السرقة ووجه ثان وهو أن هذا ابتداء للموضع مع ما يلزم من تعظيمه وتوقيره وروى عن عبد الرحمن بن عوف أنه رأى رجلا يحلف عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال أعلى دم قالوا لا قال أعلى عظيم من المال لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان ولم ينكر ذلك عليه أحد وقد احتج بها القاضي أبو محمد (مسألة) وأما من لا تخرج من النساء نهارا أو تخرج ليلا فتحلف في الجامع ففي كم تخرج قال مطرف وابن الماجشون تخرج في ربع دينار وروى ابن المواز عن أبي القاسم لا تخرج فيه ولا تخرج إلا في المال الكثير الذي له بال وجه القول الأول أن هذا شخص تغلظ عليه اليمين في المال فغلظت في ربع دينار كرجل ووجه القول الثاني أن المرأة التي لها القدر يلزمها من التصاوم ما يلزم الرجال فلا تبذل بالأيمان في الجوامع إلا في القدر الكثير الذي يحتاج ردع مثلها عن مثله (مسألة) ومن باع ثوبا فوجده المبتاع عيبا فادعى البائع أنه أعلم به وتبرأ إليه منه قال ابن المواز عن أصبغ إن كان نقصان العيب ربع دينار فأكثر لم يحلف إلا في الجامع ووجهه أن المراءى في ذلك ما تدعي عيبا فيه وهو قدر العيب وفيه تعجب اليمين (مسألة) ولو ادعى رجل على رجلين أو رجال ربع دينار فقد روى في العتبية ابن القاسم عن مالك لا يستحلفون إلا في الجامع قيل له أيستحلفون عند المصحف فقال بل يستحلفون عند المسجد ووجه المنع من استحلافهم أن كل واحد منهم إنما يستحلف في أقل من ربع دينار ولو نكل عن اليمين لم يجب عليه إلا قدر حصته منه وقوله بل يحلف في المسجد منع من أن يقصد إلى التغليظ عليهم بجامع أو عند المصحف وقال بل يحلفون في المسجد ولعله أراد أن الحاكم الذي يقضى بذلك في الأغلب يكون في المسجد على أصله ومنه به فيحلف في موضعه ولا يقيم منه إلى موضع تغلظ عليه فيه اليمين وفي كتاب ابن المواز لا يحلفون في الجامع ولا عند المنبر إلا في ربع دينار ولعله يريد لا يحلفون إليه على سبيل التغليظ والله أعلم (مسألة) وأما من وجبت عليه يمين في طلاق أو عتاق أو نكاح أو غير ذلك مما ليس بمال ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في عبد حنث في يمين بطلاق فقال حلفت بواحدة وسيد الزوجة شهد عليه باليمين فقال ابن القاسم يحلف عند المنبر ما حلف إلا بطلقة ووجه ذلك أن صداق الزوجة لا يكون أقل من ربع دينار فلا يحلف في عوضه إلا عند المنبر لأنه لا يصلح أن

يكون قيمته أقل من ذلك (مسئلة) وأما صفة الخالف حال يمينه فروى ابن القاسم عن مالك يحلف الرجل قائماً الا من به علة ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الرجال والنساء فيها ادعى عليهم لو اقتطعوه بأيمانهم في ربع دينار ومالم يبلغه فانما يحلفون جالساً ان شأوا وروى ابن كنانة عن مالك يحلف جالساً ولا يحلف قائماً وجه الرواية الاولى انه ما شرع فيه التغليظ عليه والزامه القيام من معنى التغليظ فيجب أن يلزمه (مسئلة) ويحلف الرجال والنساء مستقبلي القبلة فيما له بال رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال ابن القاسم ما سمعت أنه يستقبل بالخالف القبلة وجه القول الاول انه تغليظ عليهم ليلزم من تعظيم الجهة فغلظ باستقبالها كما غلظ عليه باليمين عند الموضع الموجه لها المعظم منها ووجه القول الثاني ان هذه حالة لا يلزمه فيها الطهارة فلا يلزمه استقبال القبلة كسائر الحقوق

(فصل) وقوله احلف مكاني يحتمل أن يريد به ان ذلك هو الحق عنده ويحتمل أن يرغب في أن يقنع بذلك منه ان كل ذلك من حقوق الخالك على ما تقدم من مذهب سحنون أو من حقوق الطالب باليمين وقول مروان وهو الخالك في قضية لا والله الا عند مقاطع الحقوق ولم ينكر عليه زيد ولا غيره يقتضي ان للحقوق مقاطع معينة وانه لا يمنع منه ان كان الحق له باليمين فيها أولاً يفتى عليه ان كان حقاً للطالب الا بذلك وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ممن وجبت عليه اليمين عند المنبر وما أشبهه من المواضع فقال أنا أحلف مكاني فهو كسكوله عن اليمين ان لم يحلف في مقاطع الحقوق وغرم ان ادعى عليه أو بطل حقه ان كان مدعيًا وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت

(فصل) وقوله يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر يريد بتحقيق ما قاله من دعوى أو انكار وانه لا يمنع من اليمين عند المنبر ما يعتقدون ابطال ما يقول ويخاصم به ولكن لتعظيم حرمة منبر النبي صلى الله عليه وسلم ولم تكن تلك اليمين ما يستحق بها حقا ولا يدفع بها غراما لان مستحق اليمين لم يقبضها منه هناك وفي كتاب ابن سحنون عن مالك من قضى عليه باليمين عند المنبر فأبى أن يحلف وحلف في مقامه انه يقضى عليه وكذلك عندى لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين لم يبر بها حتى يحلف وصاحب الحق مقتضيا ليمينه ولو اقتضاه يمينه في حصر الجامع ورضى بها أو في منزله أو في غيره أجزأته يمينه ولم يكن لصاحب اليمين عليه يمين بعد ذلك قاله محمد بن عبد الحكم ووجه ذلك أنه اذا اقتضى منه ما رضى به فليس له الرجوع بعد رضاه واستيفائه له

(فصل) واختصاص زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان لا تدرى من الطالب من المطلوب ولا هل كانت للطالب بينة أو كيف كان حكمها غير انه ان وقف الطالب المطلوب على ما يدعيه عليه ففي المجموعة عن عبد الملك اذا لم يبين المدعى دعواه ما هو وكه هو لم يستل المدعى عليه عنه كما لو قال أنا أطلب منك هذه الدار فبين من اين هي لك فلا يستل المطلوب عن ذلك * قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندى حتى يقول ان هذه الدار لي فهل صارت اليك من جهتي أو من جهة أحد بسببي فيلزم المطلوب الجواب انها لم تصر اليه من جهته ولا من جهة أحد بسببه (مسئلة) فان حقق المدعى دعواه وبينه لزوم المطلوب جوابه باقراراً وانكاراً وقد روى في العتبية والمجموعة عن أشهب ان ابن كنانة سأل مالك الكاعن في يده دار فيدعى رجل انها لجدته فقال المطلوب لا أقر ولا أنكر ولكن أقم البينة على دعواك قال مالك يجبر المدعى عليه حتى يقر أو ينكر وروى ابن المواز عن ابن الماجشون مثل ذلك قال محمد وذلك صواب (مسئلة) ومن ادعى رجل عليه بستين دينارا فأقر بخمسين وتأبى

في العشرة أن يقرأ وينكر فانه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر اذا اطاب ذلك المدعى كما قال مالك وابن الماجشون. وقال أسنحس اذا تهادى على شك فأنا أحلفه انه ما وقف عن الاقرار أو الانكار الا انه على غير يقين فاذا حلف على هذا أو رد العشرة ويحبس بها فالحكم بلا يمين على المدعى ان كل ما ادعى عليه لا يدفع مع الدعوى فانه يحكم عليه بغير يمين قال ابن المواز وكذلك المدعى عليه دور في يده لا يقر ولا ينكر فأنا أجبره على ذلك فتماضى حكمت عليه المدعى بلا يمين وهو معنى مسئله مالك عندى في الذى يصير على الامتناع من الاقرار والانكار ولا يدعى شكاً ومسللة ابن المواز في العشرة دنانير في الذى يقول لأعلم ويدعى الشك وكان الصواب عنده أن لا يحلف فانه لا معنى ليمينه فان الحكم المتوجه الى النا كل لا يفتقر الى يمين في النكول لانه اذا نكل عن هذه اليمين التى ألزمه اياها لم يجد سبيلا الا الى الحكم عليه بما ادعى عليه والله أعلم ويقتضى قول مالك وابن الماجشون انه ان تهادى عليه كره بالسجن وغيره وقال ابن سحنون عن أبيه فان تهادى أدب حتى يقرأ وينكر ولا يقبل منه غيره ويقتضى قول ابن المواز انه اذا أصر وتهدأ عن اليه بالجبر أن يحكم عليه ويغرم ما ادعى عليه لانه نكول لا يوجب رد اليمين على حصته فأوجب الحكم عليه كنكول المدعى عليه ترد عليه اليمين (مسئله) فان قال المطلوب قد تقدمت بينى وبين الطالب مخالطة فن أى وجه يدعى هذا لزم أن يسئل عن ذلك الطالب فان بين وجه طلبه وقف المطلوب الى ذلك ولزمه أن يقر أو ينكر وان أبى الطالب أن يبين سبب دعواه فلا يخالو أن يقول لأذ كر ذلك السبب أو لا يقول ذلك ويمنع من وجه طلبه فان قال أنسيته قبل ذلك منه بغير يمين ولزم المطلوب أن يقر أو ينكر وان أبى من تبينه مع ذكره لم يسئل المطلوب عن شئ قاله أشهب في المجموعة ونحوه في كتاب ابن سحنون قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وكان القياس عندى أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب انه لا يدكر سبب ما يدعيه لانه قد يكون لو ذكر السبب وجد منه مخرجا واذا كتبه لم يمكنه المخرج منه فيرد كتابه لتزيمه اليمين والله أعلم وأحكم (مسئله) فان بين المدعى السبب فانكر الطالب وقال أنا أحلف انه لا شئ له عندى من هذا السبب لم يجزه ذلك حتى يقول والله لأعلم له على شئاً بوجه من الوجوه قاله في المجموعة أشهب ونحوه في كتاب ابن سحنون وكان الظاهر أن تجزئه يمينه انه لا شئ له عنده من وجه يطلبه لان الطالب لم يطلبه بغير ذلك مع ان المطلوب لا يحلف حتى يقول له الطالب هذا آخر حقوقى عندك فلا فائدة فى ان يستحلف المدعى عليه في غير ذلك والطالب قد برأ منه ولكن ذهب أشهب الى ذلك مخافة الالغاء والتأويل (مسئله) وان ادعى رجل انه أسلفه أو باع منه لم يجزه من الجواب أن يقول لاحق لك عندى حتى يقول لم تسلفنى ما تدعيه أو لم تبع منى شئاً بما ذكرته رواه ابن سحنون عن أبيه وهو مقتضى قول مالك قال فان تهادى على اللدس بجنه فان تهادى أدبه قال وكان ر بما قبل منه في الجواب قوله ماله على حق والى القول الأول رجع آخر مالك وجه القول الأول باجزاء ذلك وهو قول الشافعى انه اذا قال له مالك على شئ فقد ادعى براءة ذمته وهذا يجزى من الجواب ولا يلزمه أن يقول انى اشتريت منك لانه ر بما قد اشترى منه وقضاء ولا تقوم له بينة والمدعى ممن يغتنم اقراره بالبيع ويرضى باليمين الغموس انه ما قبض منه الثمن ووجه القول الآخر ان المدعى قد ادعى عليه دعوى حق فيلزمه أن يكون جوابه على موافقة قوله كما لو ادعى المشتري انه قضاء الثمن لم يجز للبائع أن يقول لى عليك حق حتى يقول لم أقبض منك ما تدعيه من الثمن (مسئله) فاذا أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة فان أقام بينة فادعاه من يبع أو سلف أو ما أشبه

ذلك لم يلزمه أن يحلف مع شاهديه أنهم ما شهدوا بحق رواه ابن القاسم عن مالك في الواخعة ورواه ابن
سحنون قال عنه إلا أن يدعى أنه قضاؤه فيحلف على القضاء ووجه ذلك أن البينة قد أحقت له دينه فلا
معنى ليمينه لأن البينة في تحقيق دعواه أقوى من يمينه ولذلك يرى به عن يمين المطلوب ويمين
الطالب (مسئلة) فإن لم تكن للمطالب بينة حلف المطلوب وما الذي يلزمه من اليمين في انكاره
روى ابن المواز عن مالك في البائع يجحد قبض الثمن فينكره المبتاع ويريد أن يحلف ماله على شيء
قال بل يحلف ما اشترى منه سلعة كذا فهذا قول مالك وبه قال مطرف وابن الماجشون إذا حلف
ماله على شيء من كل ما يدعيه فقد برى واختاره ابن حبيب وفي الموازية والعتيبة عن ابن القاسم
القولان وهما مبنيان على ما تقدم من انكاره وما يجزئ في ذلك منه والله أعلم (مسئلة) ويحلف
المنكر ما ادعى عليه أو ادعاه من حقوق نفسه على البت والقطع وما ورثه عن أبيه حلف على العلم
مثل أن يدعى رجل قضاء أبيه الميت يمينه فيحلف أنه لا يعلم قبضه ولا شيء أمته رواه ابن سحنون عن أبيه
أو يدعى قبل مورثه حقا فيحلف أنه لا يعلم له قبله شيئا ووجه ذلك أنه يحلف على البت لأنه يدعى علم
ذلك ولو لم يدعه لم تقبل دعواه وعلى فعل غيره يحلف على علمه أنه لا سبيل له إلى غير ذلك إلا أن يقيم
شاهدا لمورثه بحق فيحلف معه فإنه يحلف على البت لأنه يدعى معرفة ذلك وتحقيقه فيحلف على
ما ادعاه من المعرفة في الأثبات وأما في النفي فلا طريق له إلى ذلك وبالله التوفيق (مسئلة) فإن
حلف المطلوب برى فإن نكل في كتاب ابن سحنون عن أبيه قال مالك وأصحابه لا يجب الحق
بنكول المطلوب عن اليمين حتى يرد اليمين على المدعي عليه فيحلف قال مالك وإذا جهل ذلك
الطالب فليذكر له القاضي حتى يحلف الطالب إذ لا يتم الحكم إلا بذلك وبه قال الشافعي وقال أبو
حنيفة وأصحابه بنفس النكول يجب عليه الحق والدليل على ما نقوله أن هذا حق يثبت باليمين
فإذا نكل من وجبت عليه اليمين جاز أن تنتقل اليمين إلى الجنبه الأخرى كالقسامة (مسئلة)
ولورد المطلوب اليمين على الطالب لم يكن له الرجوع في ذلك ولزمه رد هار واه عيسى وأصبح عن ابن
القاسم في العتيبة فيحلف المدعي يأخذ حقه كان رده لليمين عند السلطان أو عند غيره وذلك
أن رده اليمين على الطالب رضا بيمينه وتصديق لقوله مع يمينه فلما تعلق بذلك حق الطالب لم يكن
للمطلوب الرجوع عنه ولا بإبطال حق يثبت للمطالب عليه (مسئلة) وهذا إذا كانت من الأيمان
التي ترد فإن كانت مما لا يرد مثل أيمان التهمة مثل أن يبيع الرجل عبده بالبراءة ثم يظهر المبتاع فيه
على عيب قديم فيحلف البائع أنه ما علم به فإن نكل رد عليه العبد دون يمين المبتاع وذلك أن المبتاع
لا طريق له إلى معرفة ذلك فلا يكلف تفهم اليمين على ما لا سبيل له ولا لغيره إلى معرفته (مسئلة)
إذا ادعى المودع ضياع الوديعة وادعى المودع تعديده عليها فالمودع مصدق الآن يتم فيحلف قاله
أصحابنا في النواذر قال محمد بن عبد الحكم فإن نكل ضمن ولا ترد اليمين ههنا ووجه ذلك أنها يمين
تهمة دون تحقيق ولذلك اختصت بمن يتهم دون من لا يتهم (مسئلة) ومن وجبت عليه يمين فقال
للحاكم اضرب لي أجلا حتى أنظر في يميني وفي حسابي وأثبت فعل من ذلك بقدر ما يراه قاله محمد بن
الحكم ووجه ذلك أنه يريد التثبت فيما يحلف عليه فيجب أن يجاب إليه فقديكون الحساب يكثر
ويطول أمره ويتسامح في الدعوى أو الانكار ويتعزز في اليمين لأنها أعظم مقاطع الحقوق
(مسئلة) وهذا إذا كانت الدعوى في عقد كبيع أو سلف أو هبة أو ما أشبه ذلك فأما من أثبت
بيئته بعد أدابة أو ثوب أنه ملكه لا يعلمونه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه في المجموعة من رواية ابن

القاسم عن مالك انه يحلفه الامام ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بشئ فيحلف على البت ويستحقه
وبه قال أشهب وقال ابن كنانة ليس عليه بين الا أن يدعى الذي في يده ذلك أمر ايظن أن صاحبه
فعله فيحلف ما فعله وبأخذ حقه وجه القول الأول وعليه جمهور أصحابنا انها غير للحكم لا يصح له
القضاء الا بعد استيفائها لا البينة انما شهدت له بالملك على البت والقطع وشهدت في بقائه على ملكه
على العلم فلا بد من استخلافه على البت فيما بقي وما عسى أن يزيل ملكه عنه من بيع أو هبة أو غير
ذلك وحينئذ يستحق أن يقضى له والا كان قد حكم قبل أن يستوفي المستحق أسباب الاستحقاق
ووجه القول الثاني ان المطلوب اذا لم يدع شيئاً من ذلك فلا معنى لاستخلاف الطالب لانه قد ثبت له
الملك ولا يدعى خروجه عن ملكه والله أعلم وأحكم

﴿ مالا يجوز من علق الرهن ﴾

غلق الرهن معناه أن لا يفك يقال غلق الرهن اذا لم يفك فعنى الترجه أنه لا يجوز أن يعسف الرهن على
وجه يتول الى المنع من فكّه وأنشدوا الربي

وفارقتك برهن لا ففكالك له * يوم الوداع فأمسى رهنها غلقا

ص * مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعلق
الرهن * قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن برهن الرجل الرهن عند الرجل بالشئ وفي
الرهن فضل عما رهن فيه فيقول الراهن للرهن ان جئتك بمحكك الى أجل يسميه له والا فالرهن لك بما
رهن فيه قال فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذي نهى عنه وان جاء صاحبه بالذي رهن به بعد الأجل فهو
له وأرى هذا الشرط مفسوخا * ش قوله لا يعلق الرهن معناه والله أعلم لا يمنع من فكّه وذلك انه
نهى عن عقديتضمن ذلك وعن استدامته ان عقد على وجه يتضمن فاز وقع فقد قال برهن الرهن
في دينه على هذا الشرط لا يصلح ولا يحل يريد في مسئلة الكتاب وهو في دين ثابت ومثل ذلك أن
يبيعه ثوبا بمائتي درهم الى أجل ثم يرهنه به رهنه على أنه ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والا فالرهن له
بذلك الثمن فالبيع صحيح والرهن فاسد وله ان قبضه البائع حكم الرهن رواه ابن حبيب عن ابن القاسم
قال مالك في المدونة ومعنى ذلك ان البيع سلم من هذا الشرط والرهن على هذا الوجه ينقض من
قرض كان أو من بيع وجه ذلك ما احتج به مالك من النهى عنه والنهى عنه يقتضى فساد المنهى
عنه ولانه في القرض تارة يكون بيعا وتارة يكون قرضا وهو اذا كان الدين من بيع أو من قرض
بمعنى فسخ دين في دين وذلك يمنع حكمة ما عمل عليه من غلق الرهن وهو بيعه بالدين الذي رهن به
(مسئلة) فاما ان كان ذلك في بيع انعقد على هذا الشرط بان يبيعه ثوبا بمائة درهم الى أجل على
أن يرهنه به دابة على ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والا فالدابة له عوضا من الثوب فان هذا البيع
فاسد لان البائع لا يدرى بما باع ثوبه بمائة درهم أو بالدابة فينقض البيع والرهن ما لم يفت الثوب
فيمضى الثوب بالقيمة ويبطل الأصل وشرط الرهن (مسئلة) وان حل الأجل ولم يفسخ الرهن
الى ربه وأخذ المرتهن دينه سواء تغير قبل الأجل بزيادة أو نقصان أو حواله أسواق أو لم يتغير
وللمرتحن أن يحبس بحقه وهو أحق به من الغرماء لانه على ذلك أخذه وانما معنى قوله انه يفسخ انه
ان كان ما عليه مؤجلا الى سنة أنه يفسخ قبل السنة وهذا كله قول مالك في المدونة * قال القاضي
أبو الوليد وعندي انه يجب أن يفسخ غلافه وأما أن يؤخذ من المرتحن ويبقى دينه دون رهن فلا

﴿ مالا يجوز من غلق

الرهن ﴾

* قال يحيى حدثنا مالك

عن ابن شهاب عن سعيد

ابن المسيب أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال

لا يعلق الرهن * قال مالك

وتفسير ذلك فيما نرى والله

أعلم أن برهن الرجل الرهن

عند الرجل بالشئ وفي

الرهن فضل عما رهن فيه

فيقول الراهن للرهن ان

جئتك بمحكك الى أجل

يسميه له والا فالرهن لك

بما رهن فيه قال فهذا لا يصلح

ولا يحل وهذا الذي نهى

عنه وان جاء صاحبه بالذي

رهن به بعد الأجل فهو له

وأرى هذا الشرط

منفسا

﴿ القضاء في رهن الثمر والحيوان ﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن رهن حائطه الى أجل مسمى فيكون ثم ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهى حامل أو حلت بعد ارتهاان اياها ان ولدها معها قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفي بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشتري بشرطه المشتري أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه ﴾ قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا في بطن أمه من الرقيق ولا أن الغنم من الرهن على ضربين أحدهما أن يكون من غير جنس الاول كثمر النخل وعسل النحل

(مسئلة) فان لم يرد بعد الأجل وما يقرب منه حتى تغيرت أسواقه أو تغير بزيادة أو نقصان لزمه بقية ويقاص به منه من دينه ويتراوان الفضل قاله مالك في المدونة ومعنى ذلك عندى ان البيع انما وقع فيه يوم حل الأجل فان فات بعد ذلك فقد فات بيد المبتاع في البيع الفاسد قال مالك في المدونة وهذا في السلع والحيوان وما في الدور والأرضين فان حوالة الأسواق وطول الزمان لا يفيتها وترد الى الراهن لانه بيع فاسد محرم وانما يفيتها الهدم والبنيان والغرس سواء تهدمت بفعل المرتهن أو بفعل غيره (فرع) فان فات الرهن بعد الأجل بيد المرتهن على وجه يلزمه فقد قال ابن عبد الحكم ورواه ابن عبدوس عنه عليه قبة قيل يوم فات وقيل يوم حل الأجل وهو قول مالك في المدونة قال ابن عبدوس وقول ابن عبد الحكم أحب الى وجه ذلك انه قبض الرهن على وجه البيع فلذلك روعيت قبة يوم الفوات لان حكم الرهن كان أحق به بعد الأجل وقبل الفوات واليه كان يرد لو ظهر عليه ووجه القول الثانى وهو الأظهر عندى انه من يوم الأجل مقبوض للبيع ولو لم يكن مقبوضا للبيع لما فات بتغير الأسواق ولا زيادة ولا نقصان ولذلك يضمن بعد الأجل ضمان ما يبيع بيعا فاسدا دون ضمان ما يغاب عليه من الرهن (مسئلة) وروى ابن الماجشون عن الدراوردي عن الزهري عن ابن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وزاد فيه دعوى من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ومعناه عند مالك وأصحابه له غلته وخراج ظهره وأجرة عمله وعليه غرمه أى نفقته وليس يريد به الهلاك والمصيبة لان الغنم اذا كان الخراج والغلة كان الغرم ما قبل ذلك من النفقة وهو نحو مام وى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن محلوب ومركوب أى غلته له به ونفقته عليه لا يمنع كونه رهنا من صرف هذه المنافع الى مالكة الراهن أو غيره وقد رأيت للشيخ أبى اسحق نحو هذا التفسير فيه ولا يجوز ذلك للمرتهن لانه زيادة في القرض وعوض مجهول في المبايعة وقال الشيخ أبو بكر معنى قوله له غنمه أى منفعة ولم يرد ملكه لان الملك لم يزل عن الراهن وغرمه أى نفقته وتلفه اذا ثبت تلفه من الراهن وقال بعض المالكيين معنى قوله له غنمه أى رجوعه اليه ورجع رب الحق عليه بحقه وذلك معنى قوله ان غرمه عليه يردان الغرم الذى رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن اليه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في رهن الثمر والحيوان ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن رهن حائطه الى أجل مسمى فيكون ثم ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهى حامل أو حلت بعد ارتهاان اياها ان ولدها معها قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفي بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشتري بشرطه المشتري أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه ﴾ قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب ﴾ ش قوله من رهن حائطه الى أجل فثمر الحائط قبل الأجل فان ذلك الثمر لا يكون رهنا مع الحائط ﴾ قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه معناه لا يكون للثمر حكم الرهن ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء وذلك أن الغنم من الرهن على ضربين أحدهما أن يكون من غير جنس الاول كثمر النخل وعسل النحل

وغلة الزرع والرابع وغلة العبيد وسائر الحيوان فهذا كله لا يكون رهنا مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن فأما الثمرة فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن من هبة أو غير من هبة قاله ابن القاسم وأشهب وقال أبو حنيفة والثوري إن اللبن والصوف وثمر النخل والشجر ما حدث من ذلك بعد الرهن فهو في الرهن وكذلك الغلة والخراج والدليل على ما نقوله أنه نماء حادث من غير جنس الأصل فلم يتبعه في عقد الرهن أصل ذلك مال العبد (مسئلة) وأما أصواف الغنم وألبانها فلا تتبع أيضا إذا حدثت بعد عقد الرهن أو كانت غير كاملة فأما ما كانت كاملة يوم عقد الرهن فقد قال ابن القاسم يلحقها حكم الرهن وقال أشهب لا يكون رهنا إلا بالشرط وجه قول ابن القاسم أنه متصل بالحيوان اتصال خلقه قد كمل ويتبع في البيع بمجرد العقد كذلك في الرهن كأعضاء الحيوان وقد قال بعض القرويين في النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة يجب أن تكون للرهن على قول ابن القاسم كالصوف التام * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذي عندى أن الثمرة اليابسة لا تتبع في الرهن لأنها لا تتبع في البيع بخلاف الصوف لأن الصوف لا يخلو منه الحيوان ويؤخذ منه على سبيل الإصلاح له فأشبهه جريد الذمل وأما الثمرة فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلة تخلو منها الشجرة في بعض أوقاتها وذلك حكم يطها ويابسها وجه قول أشهب ما احتج به من أن هذه غلة فلم تتبع الأصل في الرهن بمجرد العقد كاللبن في ضروع الغنم (مسئلة) وأما غلة الدور المكثرة وغلة العبيد والدواب فلا يكون شيء من ذلك رهنا مع الرقاب وكذلك مال العبد لا يتبعه في الرهن إلا بالشرط قاله مالك فإن شرطه جاز ذلك وإن كان مجهولا كما يجوز في البيع فإن شرطه ففي كتاب محمد لا يكون له ما أقاد بعد الرهن لأنه غلة قال في كتاب ابن عبدوس ولا ما وهبه قال في الكتابين الآن يرجع في المال الذي شرطه فهو كماله (مسئلة) ويجوز ارتها مال العبد دونه فيكون له معلومه ومجهولا يوم الرهن إن قضى قاله مالك في المجموعة وجه ذلك أن الفرر والمجهول يصح ارتهاه كما يصح أفراد الثمرة التي لم تؤبر بالارتها

(فصل) وقوله ومن ارتهن جارية وهي حامل أو حلت بعد الرهن فإن ولدها معها وقد تقدم أن النماء على ضربين وقد تقدم الكلام فيما ليس من جنس الأصل وأما ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد زاد الشيخ أبو القاسم وفراخ النخل والشجر فإن جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهنا معها دون شرها خلافا للشافعي وجه ذلك أنه من جنس الأصل فأشبهه سفنها ومن ارتهن عبدا فولد للعبدة من أمته فقد قال الشيخ أبو اسحاق الولد رهن مع أبيه دون أمه وجه ذلك أن أمه مال للعبدة فلا تكون رهنا معه بمجرد العقد والولد نماء من جنس الأصل فكان تبعاله في الرهن (فرع) ولو شرط في الأمة أنها رهن دون ما تلده لم يجز ذلك قاله مالك في المدونة وقال في المجموعة لا يرتهن الجنين دون الأم وليس الولد كالثمره وجه ذلك أنه جزء معين من الجارية فلم يجز أن ينفرد بالرهن كيدها أو عضو من أعضائها وقال أحمد بن ميسر يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية أو هذه البقرة أو هذه الغنم كما يرتهن العبد الآبق والجل الشارد ويصح ذلك ببعض فأذا ولدت الغنم كان الولد رهنا وقاله الشيخ أبو القاسم في تفريعه (مسئلة) وأما ما ولده قبل الرهن فقد روى أشهب عن مالك في العتبية يجوز أن يرتهن ولدها وتباع مع ولدها فيكون المرتهن أولى بحصتها من الثمن ويخاص الغرماء في حصة الآبق وروى أبو زيد عن ابن القاسم في وصيف يوضع رهنا قال أمه تكون معه في الرهن يريد لا يفرق بينهما في المكان وأما أن يتعلق بها

حكم الرهن فلا قال الشيخ أبو اسحاق لا يرهن الصبي حتى يشتر كمال يجوز بيعه حتى يشتر الآن
رهن مع أمه

(فصل) وقوله وفرق ما بين الثمرة وولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا
قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع قال والأمر الذي لا اختلاف فيه ممن باع جارية أو شيئاً
من الحيوان وفي بطنها جنين أن ذلك للمشتري وإن لم يشترطه فهذا على ما قاله فرق بين الثمرة المؤبرة
والجنين وحجة من أراد الحاق أحدهما بالآخر وأن يجعل الثمرة المؤبرة تتبع في الرهن كما تتبع
الجنين وأما الثمرة التي ليست بمؤبرة فخارجة عن ذلك لأنها تتبع النخل في البيع وإن لم يشترطها
المبتاع فهي في البيع بمنزلة الجنين وفي لهن مخالفة للجنين والفرق بين الرهن والبيع أن البيع
ينقل المبيع عن ملك البائع فكانت غلته للمبتاع والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن فبقيت
غلته والجنين لما كان من جنس أمه تبعها في الرهن والبيع كسمنها لم ينقل عنها في بيع ولا رهن
قال مالك في جرح العبد المرتهن يؤخذ له الأرض أنه المرتهن في رهنه

(فصل) وقوله وبين ذلك أن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل دون الأصل ولا يرهن أحد
جنينا دون أمه وهذا أيضا فرق بين الثمرة المؤبرة وبين الجنين إذا سلم له وإن قلنا أنه يصح أفراد
الثمره التي لم تنو بر بارهن أو ثمره نبتت في المستقبل في نخله وهو الظاهر من المذهب فقل قال
ابن القاسم يجوز ارتهاها سنين وقال ابن المواز يجوز أن يرهن الثمرة قبل أن تكون طلعا وقال
أشهب يجوز ارتهاها غلة الدار فهذا فرق واضح بين الثمرة والجنين والفرق بينهما ما قدمناه وإذا لم
يسلم له ما ادّعاءه في الجنين فلا يصح هذا الفرق الأعلى أصله ومذهبه دون مذهب من خالفه وجمع بينهما
في أن يتبع الأصل في الرهن أو لا يتبعه وقد اختلف فيما قاله مالك من ذلك (فرع) وإذا قلنا أنه
يجوز ارتهاها الثمرة التي لم يبد صلاحها دون الأصول فإنه لا يكون الخزر فيها لا قبض الأصول
ومن ارتهن زرعاً في أرض دون الأرض فإن حيازته بقبض الأصول قاله ابن القاسم في المدونة
وقال فان فلس فالثمره والزرع للمرتهن دون الشجر والأرض فان ذلك للغرماء قال وذلك أنه لا يمكنه
قبض الثمرة لا قبض الأصل وجه ذلك أن قبض الرهن مبني على منع الرهن منه جله فلا يبقى له
في الرهن تصرف بوجه وذلك أن الرهن يبطل بتعذر الحيازة ويبطل بعد صحة الحيازة بعدم الحيازة
فكان القبض فيه مخالفاً للقبض في البيع إذ لم يبطل بعدم القبض وإنما يبطل بعدم إمكانه فحكم
القبض في الرهن أشد منه في الهبة لأن الهبة إذا صححت بالحيازة لا تبطل برجوعها إلى يد الواهب
والرهن يبطل برجوعه إلى يد الراهن فلم يصح حيازته إلا بمنع الراهن منه بكل وجه

﴿ القضاء في الرهن من

الحيوان ﴾

قال يحيى سمعت مالكا
يقول الأمر الذي
لا اختلاف فيه عندنا
في الرهن أن ما كان من
أمر يعرف هلاكه من
أرض أو دار أو حيوان
فهلك في يد المرتهن وعلم
هلاكه فهو من الراهن
وإن ذلك لا ينقص من حق
المرتهن شيئاً

﴿ القضاء في الرهن من الحيوان ﴾

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن أن ما كان من
أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك في يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وإن
ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئاً ﴿ ش قوله ما كان من أمر يعرف هلاكه يريد أن يكون
ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتر ولا يغاب عليه كالأرض والدور والحيوان فإن هذا لا
يمكن إخفاؤه بالمغيب عليه والستر له * قال مالك وكذلك الزرع والثمره في رؤس النخل وهذا على
ما قاله وأما الأرض والرباع كلها وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول فأمرها ظاهر يعلم صدق مدعي

ضياعا من كذبه وأما الحيوان فان ادعاء ابا القاسم العبد وهو وب الحيوان أمر لا يكاد المرتهن ان يقيم به بينة لأن هذا يكون كثيرا في وقت الغفلة وفي حين لا يمكن إقامة البينة به * قال مالك لأن الأصل مأخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه وذلك مثل ما قال أشهب اذا زعم ان الدابة انفلتت منه أو العبد كابر به بحضرة جماعة من الناس فينكرون ذلك فلا يصدق الا أن يكون الذين ادعى عليهم غير عدول فلا يصدقون والقول قوله قال ابن المواز وهذا من ذهب مالك وأصحابه فيما لا يغاب عليه ووجه المشهور من قول مالك انهم اذا كانوا غير عدول لم يثبت كذبه وكان على أصله في التصديق وانتفاء الضمان لأنه على ذلك أخذه فوجود غير العدول كعدمهم فيما يتعلق بالحكم له وعليه (مسئلة) وأما في الموثق في كتاب ابن المواز عن مالك يصدق الا ان يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك ومعنى ذلك انه يصدق اذا ادعى موته في الفاني والقفر بحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه فان كان في القرى وحيث يكون الناس فان كان في موضع يكون فيه أهل العدل ولم يعلم أحد منهم موت ذلك (٢) (مسئلة) ولو قال ماتت دابة لا نعلم لمن هي ففي المجموعة فوصفوها ان عرفوا الصفة أو لم يصفوها قبل قوله انها هي ويختلف وجه ذلك ان هذا المقدار من العلم هو الذي يعلم أهل الجهة التي ماتت الدابة بها فاذا اعدم ذلك علم كذبه فيما زعمه من موته وليس كل من رأى دابة ميتة سأل عن ملكها ولا يتبين صفتها بل يصرف بصره عنها ويسرع المشي في البعد عنها فلا يتبين كذب مدعى ذلك في عدم المعرفة بهذا المعنى منها

(فصل) وقوله وان ذلك لا ينقص ان حق المرتهن شيئا يريد ان حق المرتهن على الراهن بكاله لا ينقص منه لأجل ما ذهب من الرهن يسهل لأن ضمان ما لا يغاب عليه اذا رهن من رهنه وبه قال الاوزاعي ورواه يحيى بن كثير عن علي رضي الله عنه وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة والثوري الرهن كله من ضمان المرتهن وروى القاضى أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله وتلف عنده انه لا يضمن الا بصفة وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة في ضمان المرتهن لما لا يغاب عليه الا أنه عند أبي حنيفة مضمون بقدر الدين دون قيمته والدليل على ما نقوله أن مالا يضمن بقيمة لا يضمن بقيمة غيره كالوديعة وقد قال في كتاب ابن المواز قلت في أى موضع يكون الرهن بما فيه ان ضاع فقال فيما يغاب عليه ولا يعلم له قيمة ولا صفة لقول الراهن ولا المرتهن ولا غيرهما فهذا لا يطلب لأحدهما على الآخر وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن وقد ذكر لي ذلك عن أشهب وما قلت لك أولا هو قول العامة وأحقه بحديث النبي صلى الله عليه وسلم الرهن بما فيه قال أبو الزناد وفي الحديث اذا عمت قيمته وهذا الذي ذكره لا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فيه شيء ولا له أصل وانما هو قول جماعة من الفقهاء ان الرهن يضمن منه قدر الدين وما زاد على ذلك من قيمته فهو أمانة وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وروى عن محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وروى فوق هذا من قول أصحابنا في معنى قوله الرهن بما فيه هو قول الفقهاء السبعة انما ذلك اذا جهلت صفاته ولم يدع معرفة ذلك راهن ولا مرتهن وهو قول الليث بن سعد وبلغني عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقد قال مالك الرهن بما فيه اذا ضاع عند المرتهن ما يغاب عليه وكانت قيمته بقدر الدين وسيأتى ذكره ان شاء الله عز وجل ص قال مالك وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيته ضامن يقال له صفة فاذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك قال كان فيه فضل عما

* قال مالك وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيته ضامن يقال له صفة فاذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك قال كان فيه فضل عما

سمى فيه المرتهن أخذه الراهن وان كان أقل مما سمي أحلف الراهن على ما سمي المرتهن وبطل عنه
الفضل الذي سمي المرتهن فوق قيمة الرهن وان أبي الراهن أن يحلف أعطى المرتهن ما فضل بعد
قيمة الرهن فان قال المرتهن لا أعلم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء
بالأمر الذي لا يستنكر * قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدي غيره * ش
قوله وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن فلا يعلم هلا كه الا بقوله فهو من المرتهن يريدانه بما يغاب
عليه ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه الا بقول من هو بيده كالتياب والعروض والعنبر
والخلي والطعام وغير ذلك مما يكال أو يوزن فهذا وما أشبهه بوصف بأنه مما يغاب عليه وهذا الجنس
من الرهون اذا ضاع بسيد المرتهن فلا يخلو أن تقوم بضياعه بينة ولا تقوم بذلك بينة فان قامت به
بينة فمن مالك في كتاب ابن المواز في ذلك روايتان احدهما أنه لا يضمن وبها قال ابن القاسم وعبد
الملك وأصبغ واختارها ابن المواز والثانية يضمن في الرهن والعارية وهو مذهب الأوزاعي في
الرهن وبه قال أشهب وجه الرواية الاولى ان لا يغاب عليه من الرهون لا يضمن وانما يضمن
ما يغاب عليه لحاجة الناس الى الرهون والاقرض والشراء بالدين وما يغاب عليه يدعى فيه الضياع
على وجه لا يعلم فيه كذب مدعيه غالبا فيؤدي ذلك الى ضياع أموال الناس والمرتهن يأخذه لمنفعة
نفسه وقد كان له أن يضعه على يد عدل فيزأ من ضمانه فادام تقم له بينة بهلا كه كان عليه ضمانه كما أزم
الكري ضمان ما ينفر دمجمله من الطعام لما خيف من تسرع أمثاله الى أكله حفظا للأموال ولذلك
سقط عنه الضمان فيما لا يغاب عليه من الحيوان واذا كان يسقط عنه الضمان في الحيوان وان تلف
بغير بينة لما كان الغالب من أمره ظهوره فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه اذا قامت عليه بينة
أولى وأخرى ووجه الرواية الثانية ان ما يغاب عليه من الرهون حكمها الضمان وعلى ذلك أخذت
فاستوى فيها ثبوت اتلافها ببينة أو خفاء ذلك كالرهن مما لا يغاب عليه لما قبض على غير الضمان
استوى فيه ثبوت ذلك أو خفاء ذلك (فرع) واذا قلنا برواية ابن القاسم وقامت بينة بهلاك
ما يغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك
لا يضمن وكذلك لورهنه رهنا في البحر في المركب فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه لمصوص
منه بمعاينة في ذلك كله (فرع) واذا جاء المرتهن بالرهن وقد احترق وقال وقعت عليه نار فلا
يصدق وهو ضامن الآن تقوم عليه بينة أو يكون الاحتراق أمرا معروفا مشهورا من احتراق منزله
أو حانوته فيأتي ببعض ذلك محترقا فانه يصدق رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ومعنى
ذلك أن الرجل قديما يصدق احتراق الثوب يكون عنده بما لا يعلم بهبه مثل أن يقول وقع في نار أو
جاورته نار لم تعد الى غيره أو تعدت الى يسير يخفى مثله أو يدعى احتراق ذلك بما يعلم سببه كاحتراق
المبزل أو الحانوت فاذا كان مما لا يعلم سببه فهو ضامن وان جاء به محروقا الآن تقوم بينة بما يدعيه وان
كان مما قد علم سببه كاحتراق منزله أو حانوته فلا يخلو أن يثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق من
حانوته أو منزله أو لا يثبت ذلك بينة فان ثبت ذلك بينة فلا خلاف في تصديقه سواء أتى ببعض ذلك
محروقا أو لم يأت بشئ منه وان لم يثبت ذلك بينة فان أتى ببعض ذلك محروقا فصدق أنه كان من حانوته
الذي احترق وان لم يأت بشئ منه وادعى احتراق جميعه فظاهر المسئلة انه غير مصدق * قال القاضي
أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه اذا كان مما جرت العادة برفعه من الرهن في الحوانيت حتى
يكون متعديا بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عاداتهم بارتها الثياب ورفعها في

سمى فيه المرتهن أخذه
الراهن وان كان أقل مما
سمى أحلف الراهن على
ما سمي المرتهن وبطل
عنه الفضل الذي سمي
المرتهن فوق قيمة الرهن
وان أبي الراهن أن يحلف
أعطى المرتهن ما فضل
بعد قيمة الرهن فان قال
المرتهن لا أعلم لى بقيمة
الرهن حلف الراهن على
صفة الرهن وكان ذلك له
اذا جاء بالأمر الذي لا
يستنكر * قال مالك
وذلك اذا قبض المرتهن
الرهن ولم يضعه على يدي
غيره

حوادثهم لا يكادون ينقلون شيئاً من ذلك عنها فاني أرى أن يصدقوا فيما يدعون من احتراق ذلك فيما عرف وشوهد من احتراق حانوته وقد أفتيت بذلك في طرطوشة عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومة في مثل هذا وأنا معهم بها وغالب ظني أن بعض من كان هناك من طلبة العلم أظهر إلى رواية عن ابن أئمن بمثل ذلك والله أعلم وهذا وإن كان الراهن انما قبض الرهن على الضمان فإن معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدي وأنه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه لا بضمن أثبتة الشرع عليه بمقتضى الرهن فإذا كانت له شبهة من احتراق حانوته وكان هذا الرهن بماجرت العادة يحفظه في حانوته كان القول قوله فيما ادّعاه من كونه فيه حين احتراقه (مسئلة) وإذا أتى المرتهن بالرهن وهو ساج فتناً كله السوس فلا ضمان عليه ويحلف ماضيه ولا أراد فيه فساداً وإن كان أضعاه ولم ينظر في أمره حتى أصابه بسببه أن يكون فيه شيء رواه في العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك وقال الشيخ أبو اسحق إذا أتت كالتياح عند مرتها أو قرضها الفأر أو ما أشبه ذلك فإن كان أضعاه ضمن والالم يضمن وقال ابن القاسم يضمن (مسئلة) وأما تلف بغير بينة فلا خلاف في المذهب في أنه مضمون خلافاً لسعيد بن المسيب والزهرى وعمر بن دينار في قولهم إن الرهن كله أمانة ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه وبه قال الشافعى والدليل على ما نقوله أن قبض ما يملك فنفقته للقابض مؤثرة في الضمان كالشراء (مسئلة) والرهن مضمون على حكم الارتهان في الضمان من حين يقبضه المرتهن إلى أن يردّه إلى رهنه في العتبية من رواية يحيى فحين سأل سلفاً فأعطاك به رهننا قلنا تلف الرهن قبل أن يصل السلف إلى الراهن فإن المرتهن يضمنه لأنه لم يأخذه إلا بمعنى الاستيثاق ولو دفع الراهن إلى المرتهن ما على الرهن من الدين ثم تلف الرهن بيد المرتهن فقد قال في المدونة فحين ارتهن رهننا بدين فاستوفاه ثم ضاع الرهن عنده بعد ذلك فهو ضامن لقيته ووجه ذلك أنه مقبوض على حكم الرهن فلا تأثير فيه لقضاء ما عليه من الدين وكذلك لو كان عليه مائة فأداهما كلها إلا درهم واحد ثم ضاع الرهن لم ينقص ما أدى من ضمان الرهن شيئاً ولو كان له فيه تأثير لوجب أن ينقص من ضمان الرهن بقدر ما أدى من دينه وأضافا فإن الرهن مضمون بقيته ولو كان الدين بضمانه تعلق لكان مضموناً بدينه (مسئلة) ولو كان لك عليه دين وله بيدك رهن فوهبته الدين ثم ضاع عندك الرهن ففي العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب أنك تضمنه ونحوه في المدونة ووجه ذلك ما قيدناه من أنه مقبوض على حكم الرهن فبراءة الراهن بما رهن به لا تغير حكمه في الضمان كما لو قضاه ذلك (فرع) وهل للواهب الرجوع في هبته قال أشهب يرجع الواهب فيما وضع من حقه ليقاصه به في قيمة الرهن فإن بقي له منه شيء لم يكن له قبضه وإن بقي عليه من قيمة الثوب شيء أداه قال لأنه لم يضيع حقه ليتبع بقيته (مسئلة) وأى وقت يراعى في قيمته في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمة ما يغاب عليه من الرهن من حلى وثياب وغيره يوم الضياع لا يوم الرهن وقال في موضع آخر يضمن قيمته يوم ارتنه وجه القول الأول أنه ليس بمضمون عليه من يوم الرهن ولذلك لو قامت بينة لم يضمنه فلذلك كانت قيمته يوم ضاع لأنه حينئذ ضمنه ووجه القول الثاني أنه انما يضمن بالقيمة فلذلك روعيت قيمته يوم القبض وهو معنى قولنا يوم الرهن وقال أصبغ في الواحظة ما معناه أنه يراعى قيمته يوم الضياع فإن جهلت فقيته يوم الرهن (فرع) وهذا إذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان وأما لوقوم الرهن بعشرة دنائير فضاء فتلك القيمة تلزمه الآن أن يكونا قد زادا في قيمته أو نقصا فبردا إلى قيمته إذا علم بذلك قاله في العتبية ووجه ذلك أن تقويمهما للرهن عند الراهن اتفاق منهما على قيمته وإقرار بذلك

فيحملان على ذلك إلا أن تثبت الزيادة في ذلك أو النقصان فيحملان عليه بعد الضياع ويمنعان من إقراره على ذلك قبل الضياع (مسئلة) ومن رهن عن درجل رهنائهم رهن فضله الآخر قال ابن القاسم لا يضمن الأول منه الا قدره بلغ حقه من قيمته وهو في باقيه أمين ولا ضمان على الثاني وقال أشهب ضمانه كله من الأول وجه قول ابن القاسم ان رضا المرتهن الأول بارتها الثاني الفضلة نقل لها الى حكم الأمانة فلا ضمان عليه فيها ولا ضمان على المرتهن الثاني فيها لانه رهن على يدا أمين فلا يضمنه المرتهن ووجه قول أشهب أنه قد قبضه على وجه الرهن فلا ينتقل منه برهن غيره الا قبضه منه كما لو قضاه ما عليه من الدين لم ينتقل الى حكم الأمانة والوديعة والفرق بينهما على رأى ابن القاسم ان المرتهن اذا قبض ما على الرهن من الدين وطلب صاحبه قبضه فهو عنده على ذلك الحكم حتى يمتضيه أو يوافقه على انه عنده على حكم الوديعة فيقره عنده على ذلك فينتقل الى حكم الوديعة أو يبيعه منه فينتقل الى حكم المبيع والذي أباح له أن يرهنه غيره فقد صرح بأنه عنده على حكم الأمانة ولم يبقه عنده على الحكم الذي كان عليه قبل ذلك فكان بمنزلة أن يقبض ما عليه من الدين ويقول له هذا رهنك فاقبضه فيقول اتركه لي عندك وديعة فهذا الاخلاف في انتقاله الى حكم الوديعة (مسئلة) ولو شرط فيما يغاب عليه أن لا يضمنه وأن يقبل قوله فيه فقد قال ابن القاسم شرطه باطل وهو ضامن وقال ابن البرقي عن أشهب شرطه بائز وهو مصدق في الرهن والعارية قال ذلك كله ابن المواز وجه القول الأول ان الشرط اذا انعقد على نقل ضمانه من محله لم ينتقله ويبطل الشرط لان مقتضى العقد في هذا أقوى من الشرط وهذا حكم الضمان في سائر العقود انما يثبت بقبضها ولا تأثير للشرط في ذلك وانما يؤثر فيما اختلف قول مالك فيه في محل الضمان كالمبيع الغائب وما جرى مجرى ذلك لتردد الضمان عنده بين المحلين باصل العقد فلذلك كان للشرط فيه تأثير والله أعلم

(فصل) وقوله يقال له صفة ثم يحلف على صفته ويسميه ماله فيه الى آخر الفصل معناه ان لم يختلف الراهن والمرتهن في صفة الرهن الذي تلف ولزم المرتهن ضمانه بما لتعديه أو لعدم البينة على ضياعه أولان ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهون على رواية أشهب عن مالك فان اتفقا على صفة الرهن حكم بقيمة تلك الصفة وان اختلفا في صفته وقيمته وصفه المرتهن وحلف على ذلك وعلى ماله فيه يريدان اختلفا في قدر الدين قال ثم يقوم بتلك الصفة فان كان في القيمة فضل أخذه الراهن وان كان نقص حلف الراهن على ما سمي وبطل عنه ما زاد على قيمة الرهن فان نكل أذى ما زاد على قيمة الرهن ووجه ذلك أن المرتهن غارم فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن ويحلف مع ذلك على ما قبله فيه من الدين لان القول قوله في قدر الدين الى منتهى قيمة تلك الصفة فلذلك جعلت له يمينه ما يستحقه بيمينه في هذه الحكومة فان حلف فكان في القيمة فضل على الدين أدى الفضل الى الراهن وان كان في الدين فضل على القيمة حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه ليسقط عن نفسه ما فضل منه على قيمة رهنه ان كان ما أقرب من الدين أقل من قيمة السلعة (مسئلة) ولو اختلفا في قيمة الرهن وصفته واتفقا في قدر الدين فقال الراهن قيمة الرهن عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته ثلاثون دينارا واتفقا على أن الدين عشرة ففي المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف المرتهن ما قيمته الثلاثة دنانير ويسقط من الحق بقدرها ومعنى ذلك أن يرجع المرتهن على الراهن بقيمة الدين الثلاثة دنانير لان الراهن قد أقر أن الدين عشرة فان أثبت أن قيمة الرهن ثلاثة دنانير يمين المرتهن أدى باقي الدين سبعة دنانير وهذا مبني على أن الدين لا يشهد بقيمة

الرهن ووجه ذلك ان الرهن مبنى على أنه لا يراعى قيمته يوم الرهن وانما يراعى يوم يحتاج الى بيعه ولذلك يرتفع مال القيمة له يوم الرهن كالثمرة التي لم تثمر وتلف الرهن قبل وقت بيعه فلذلك لم يشهد الدين بقيمته وقدر روى أبو زيد في سماعه عن أصبغ فيمن رهن رغباً بألف دينار فقضاهما ثم أخرج اليه المرتهن ثوباً بقيمته دينار واحد وقال الراهن رهنك ثوباً وشياً ووصف ثوباً بقيمته ألف دينار ان القول قول الراهن اذا تفاوت الأمر هكذا * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى ليس من باب شهادة الرهن وانما هو من باب أن يدعى ما لا يشبه ويدعى صاحبه ما يشبه فالقول قول مدعى ما يشبه الآن هذا نوع من شهادة الدين للرهن والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولونسكل المرتهن عن اليمين في المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف الراهن أن قيمة رهنه عشرون ديناراً ويحط عنه للدين عشرة ويأخذ عشرة بقيمة رهنه وروى ابن حبيب عن أصبغ مثله ووجه ذلك ما قدمناه وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن يريد أن الراهن لما نكل عن اليمين بعد ما ردت عليه بقدر الرهن من القيمة ما أقر به المرتهن فيعطى الراهن المرتهن ما فضل من دينه عن قيمة الرهن والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولو قال المرتهن لا علم لي بقيمة الرهن حلف الراهن على صفته وكان ذلك اذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر يريد أن يأتي بما يشبه من صفة ما يره في مثل ذلك الدين وما يكون له من القيمة فيا يقرب منه على ما جرت عادة الناس في الرهون وانما راعى في ذلك الأمر الذى لا يستنكر لان المرتهن لم ينكل عن اليمين ولا ادعى الجهل بصفة الرهن على الإطلاق وانما ادعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها ويكون ذلك صفتها على حقيقة تها فاذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع الى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الرهن وهى دون الصفة التى وصفها بها الراهن بكثير فيسقط عن نفسه ما يستنكره من الثمن ولو سمع وصف الراهن ثم نكل هو عن اليمين ورد اليمين عليه لكان للراهن ما حلف عليه ولم يعتبر عليه في ذلك ما يستنكر لان المرتهن قد رضى بذلك حين رد عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقول مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يد غيره يريد أن المرتهن انما يضمن الرهن الذى يغاب عليه على الوجه المذكور اذا كان هو الخائز له وأما اذا كان موضوعاً على يد غيره بحكم ما كرم أو باتفاق الراهن والمرتهن فلا ضمان على المرتهن في ضياعه وان لم تقم بذلك بينة وأما سائر ما تقدم من قوله في شهادة قيمة الرهن بقدر الدين فيحتمل أن يتناوله هذا الشرط على قول أصبغ ويحتمل أن لا يتناوله على قول ابن المواز وسياً في ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وفي ذلك ستة أبواب * الباب الأول في وجوب الحيابة للرهن وكونها شرطاً في صحته أو تمامه * والباب الثانى في صفة الحيابة وتمييزها مما ليس بحيابة * والباب الثالث فيمن يكون وضع الرهن على يده حيابة وتمييزه من غيره * والباب الرابع فيمن يوضع على يده الرهن عند اختلاف المتراهنين * والباب الخامس فيمن يقوم بالرهن وبلى الاتفاق عليه والاستغلال له * والباب السادس في حكم العدل الذى يوضع على يده الرهن

(الباب الأول في وجوب الحيابة للرهن وكونها شرطاً في صحته أو تمامه)

ليس من شرط الرهن السفر خلافاً لما جاهد في قوله لا يصح الرهن الا في السفر والدليل على ما نقوله ان كل وثيقة صححت في السفر فانها تصح في الحضر كالكفالة ولا يتم له حكم الرهن الا بالحيابة له

قال الله تعالى فرهان مقبوضة فجعل ذلك من صفات الرهن اللازمة له وذلك بمعنى الشرط فيه فصار حكم الرهن متعلقا بالرهن المقبوض وإذا أقر الرهن بيد الراهن وأشهد عليه أن لا يبيعه ولا يهبه ولم يطلبه ولم يقبض منه فليس برهن حتى يقبضه منه المرتهن أو وكيله أو من تراضيا به رواه ابن وهب عن مالك في المجموعة أن الله تعالى وصف الرهان بأنهارهان مقبوضة ولا يقع اسم القبض على ما يبتقى بيد الراهن وإن كل ما جعلت الحيازة شرطا فيه لم يكن إلا بمعنى القبض كالهبة (مسئلة) ولا يكفي من حيازته الاتفاق على الاقرار بذلك حتى تشهد البينة على معاينة ذلك قاله ابن الماجشون في الموازية والمجموعة وهو مذهب مالك وذلك أن حق الغير متعلق به حين الحاجة إلى الحكم بكونه رهنا بعد موت الراهن أو فلسه وقت تعلق الغرماء به وأما قبل ذلك فلا حاجة لهما إلى ذلك ولا يتمتع عليهما بصحته بكل وجه (مسئلة) ولو مات الراهن أو أفلس ووجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده ففي الموازية والمجموعة عن عبد الملك لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت أو الفلاس قال ابن المواز صواب لا ينفعه الامعينة الحوز لها حين الارتهان ووجه ذلك أنه قد وجد بيده بعد الموت أو الفلاس ولما كان من شرط ثبوت حكم الرهن له قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به لم يحكم به بذلك إلا بعد ثبوت الشرط في وقته وقبل فوته * قال أبو الوليد رضي الله عنه وعندي لو ثبت أنه وجد بيده قبل الموت والفلاس ثم أفلس أو مات الراهن لوجب أن يحكم له بحكم الرهن والله أعلم ولعله أن يكون هذا معنى قول محمد لا ينفعه الامعينة الحوز بمعنى كون الرهن بيده في وقت يصح فيه الحوز وظاهر اللفظ يقتضي أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الراهن له إلى المرتهن على هذا الوجه وهو وجه محتمل ويتعلق به أحكام سنوردها وننبه عليها في مواضعها إن شاء الله تعالى

(الباب الثاني في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة)

فأول ذلك أن الرهن يلزم بمجرد القول خلافاً لابي حنيفة والشافعي في قولهما لا يلزم إلا بالقبض * قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قول الله تعالى فرهان مقبوضة قال فلنا من الآية دليلان أحدهما أنه قال عز من قائل فرهان مقبوضة فأثبتنا رهانا قبل القبض والآخر أن قوله فرهان مقبوضة أمر لأنه لو كان خبراً لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض ومن قولهم أن الراهن لوجن أو أغشى عليه ثم أفاق فلم فصيح فيثبت أنه أمر ومن جهة القياس أنه عقد وثيقة كالكفالة (مسئلة) وهل يكون من شرط صحة الحيازة للرهن أن يقبضه الحائز لذلك أم لا اختلف أصحابنا فيه في كتاب ابن المواز من رواية ابن القاسم عن مالك فبين أكثرى داراً أو عبداً سنة أو أخذ حائطاً مساقاة ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل تمام السنة فلا يكون محوز الرهن لأنه يجوز قبل ذلك بوجه آخر وفي المجموعة قال سعنون ومذهب ابن القاسم أنه يجوز أن يرتهن الرجل ما في يده باجارة أو مساقاة ويكون ذلك حيازة للمرتهن كالذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر فحوز المخدم حوزاً للتصدق عليه وقال القاضي أبو محمد إن رهن عينا كان غصباً قبل ذلك صح وسقط ضمان الغصب وجه القول الأول وهو قول أبي حنيفة أن هذا رهن بقي يدين استحق قبضه قبل الرهن فلم يكن محوزاً كما لو بقي بيد الراهن ووجه القول الثاني ما تقدم من احتجاج ابن القاسم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن رهن بيتان من دار بما يليه من الدار شتان المرتهن بعلق أو كراء قال ابن حبيب عن أصبغ أن حذله نصف الدار فهو أحسن وإن لم يحده ولكن رهنه البيت بعينه ويصف الدار شتاناً فحيازته للبيت تكفيه وهي

حيازة للجميع وكذلك في الصدقة يريد بقوله خياره المرتهن بفتح البيت ان غلقه للبيت على ذلك الوجه حيازة له وسائر ما رهن من الدار وأما الكراء فانه يشغل على الجميع واختار أصبغ أن يحده ما احتازه من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة حتى يفتقر الرهن من غيره لكنه ان حاز البيت أجزأه ذلك وهو محتمل وجهين أحدهما ان البيت هو معظم الرهن والباقي تبعة له والثاني أن يكون ذلك مبنيا على جواز حيازة المشاع مع غير الرهن ويكون معنى المسئلة بقية الدار لغير الراهن وفي العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم فمن رهن الدار وفيها طريق للسامين يسلكها الراهن وغيره قال اذا حاز البيوت لم يضره الطريق لانه حق للناس كلهم فراحى في الحيازة البيوت دون الساحة ويحتمل ذلك ما قدمناه من أنه تبع للبيوت (مسئلة) ويجوز عند مالك رهن المشاع وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان كل ما صح قبضه بالبيع صح رهنه كالمقسوم (مسئلة) اذا قلنا انه يجوز رهن المشاع فلا يخلف من رهن نصف شيء أن يكون باقيه أو لغيره فان كان لغيره ففي كتاب ابن المواز لأشهب من كان له نصف عبد أو نصف دابة أو ما ينقل ويحول كالثوب والسيوف لم يجز له أن يرهن حصته الا باذن شريكه وكذلك كل ما لا ينقسم لان ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه فان لم يأذن له انتقض الرهن فان أذن له جز ذلك ثم لارجوع له فيه ولا له بيعه الا بشرط أن يبقى جميعه بيد المرتهن الى الأجل وكذلك لو كان جميعه على يد الشريك فأراد الشريك بيع نصيبه على أن يكون جميعه بيده الى الأجل جاز ولا يفسد ذلك البيع وان لم يكن بقرب الأجل لانه باع ما يقدر على تسليمه كالثوب في الغائب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندى لا يمنع ما ذكر لان رهن نصيب منه لا يمنع من بيع نصيبه ان شاء بان يفرد به بالبيع أو بان يدعوا الراهن الى بيع حصته معه على الوجه الذي كان له ذلك قبل الرهن فان باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنا فان كان بجنس الدين قضى منه دينه ان لم يأت برهن بدل منه قال أشهب في المجموعة الأول يحتمل ذلك القسمة فيقسم وتصير حصته الراهن بيد المرتهن أو بيد أمين (مسئلة) واذا قلنا بجواز ذلك باذن الشريك أو بغير اذنه فان الحوز فيه يكون عند ابن القاسم بان يحمل المرتهن فيه محل الراهن وقال أشهب وعبد الملك لا يتم فيه الحوز الا بان يجعل جميعه على يد الشريك قال أشهب أو غيره أو بيد المرتهن وجه قول ابن القاسم ان هذا رهن لجزء مشاع فجاز أن يحاز بان يحمل المرتهن فيه محل الراهن مع شريكه كالدار والحمام وقد جوز ذلك أشهب وعبد الملك في الدار والحمام وذكر ذلك عنهما ابن المواز وابن عبدوس وقالا وهذه حيازة ما لا يزال به (مسئلة) ولو رهنه عبدا أو ثوبا فان حيازته قبض المرتهن أو العدل لجميعه فان استحق نصفه ففي الموازية والمجموعة عن أشهب هو على ما تقدم ان شاء المستحق أن يكون جميعه بيد المرتهن فهو جاز وان منع من ذلك وكان واحدا لا ينقسم بيع فأخذ المرتهن ثمن مال الراهن يتعجله من دينه ان كان من جنس دينه وان كان من غير جنسه مثل أن يكون دينه دراهم فيباع بدنانير أو يكون دينه دنانير فيباع بدراهم وقدر رهنا الى الأجل قال ولو رهنك النصف ثم أراد بيع النصف الثاني لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل على ما تقدم ومنه ابن القاسم انه يجوز أن يبقى الرهن الى أجله ويجوز المرتهن منه النصف الثاني مع المستحق لنصفه وهو معنى قوله في المدونة

(فصل) فان كان جميع الرهن للراهن فرهن نصفه فانه لا يصح الرهن مع بقاء شيء من العبيد للراهن وانما يصح أن يسلم جميعه الى المرتهن أو الى العدل (مسئلة) وأما ما لا ينقل ولا يحول

كالدور والأرضين والرباع فانه ان رهنه نصف دار له جميعها جاز ذلك قال في كتاب ابن المواز فيقوم بذلك المرتهن مع الراهن يكر يانه جميعا أو يحوزانه أو يضعه على يدي غيرهما وفي المجموعة لابن القاسم عن مالك ان قبضه أنه يحوزه دون صاحبه وهذا ان أشار به الى الجزء الذي ارتهن فوافق لما في كتاب ابن المواز وان أشار به الى جميع مارهن بعضه فخالفه وقد قال أشهب في المجموعة لا حيازة فيه الا بقبضه كله على يد المرتهن أو يدعدل ووجه القول الاول ان ما صح أن يكون حيازة في الهبة صح أن يكون حيازة في الرهن كقبض الكل ووجه القول الثاني ان الهبة لما كانت لا يطرأ عليها الفساد بعد تمامها بالحيازة جاز أن يكفي فيها من الحيازة قبض الحصة الموهوبة والرهن بخلاف ذلك لانه يطرأ عليه الفساد بعد تمامه بالحيازة فلم تصح حيازته الا بمنع الراهن منه جلة (فرع) ولو رهن رجل حصة من دار ثم اكرى من شريكه حصة لم يبطل ذلك الرهن في الحصة التي رهن وللرهن منه من سكنى الحصة التي اكرى حتى يقاسمه فيحوز حصة الرهن قال ابن القاسم وزاد أشهب ويمنعه القيام بالحصة التي اكرى حتى يجعل ما اكرى من ذلك على يد المرتهن بيده لئتم الحوز ووجه ذلك ان ملكه لمنافع حصة من الدار لا يمنع من حصة حيازة الرهن كالم يمنع من ذلك ملكه لمنافع الرهن وانما يمنع من ذلك سكناء اياه وتصرفه فيه لان هذا لو فعله في حصة الرهن لأبطل حيازته (مسئلة) ومن صحة حيازة الرهن أن تتصل حيازته على الوجه الذي ذكرناه فان أحدث الراهن فيه خدنا قبل أن يقبضه المرتهن فكل ما فعل فيه من بيع أو وطء أو عتق أو هبة أو صدقة أو عطية أو غير ذلك نافذ ان كان مليا وان كان معسرا لم ينفذ منه الا أن تحمل الأمتة أو يبيعها ر واه عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال ولو قام المرتهن بطلب حيازة الرهن قبل أن يفسس الراهن أو يحدث ما ذكرناه قضى له بذلك وقال أبو حنيفة ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا والشافعي فيه قولان أحدهما مثل قول أبي حنيفة والثاني مثل قولنا فان حازه المرتهن على يده أو يدعدل ثم رجع الى الراهن باذن المرتهن باجارة أو مساقاة أو ودیعة أو بغير ذلك فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية وغيرها قد خرج من الرهن قال ابن القاسم ولو أخذ له في سكنى الدار خرجت عن الرهن قال هو وأشهب ولو أخذ له في زراعة الأرض فزرعها وهي بيد المرتهن فقد خرجت عن الرهن خلا للشافعي ووجه ذلك انه قد عدت الصفة التي هي شرط في صحة كونه رهنا وهي الحيازة (فرع) ولومات الراهن فأكرى المرتهن الرهن بعد ان حازه في حياته من بعض ورثته لم يخرج بذلك عن الرهن ر واه ابن المواز عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان الرهن لم يرجع الى الراهن لان الدين لم ينتقل الى ذم الورثة (فرع) فان وقع من ذلك ما يبطل الحيازة ثم قام المرتهن يريد رد ذلك ليصح رهنه فقد روى ابن المواز وابن عبدوس عن أشهب له ذلك الا أن يفوت بتحييس أو عتق أو تدبير أو غيره أو قيام غرمائه وقال ابن القاسم الا في العارية الا أن يكون أعاره على ذلك وقاله أشهب في كتاب ابن المواز في العارية وقال بعض القرويين انما فرق ابن القاسم بينهما اذا كانت العارية مؤجلة فليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعبره الا أن يعبره على ذلك ولو كانت العارية غير مؤجلة لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالأجارة وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ان من جعل على يديه اذا أكراه من الراهن بعلم المرتهن فقد خرج عن الرهن وان سكت حين علم بذلك خرج عن الرهن ولو أكراه باذنه أو ترك الفسخ حين علم بذلك وقد أكراه بغير اذنه ثم أراد أن يفسخ ذلك فليس له ذلك وجه قول أشهب ان تأخر قبض

الرهن لا يمنع تلافيه قبل فوته كالتوك قبضه وقت الرهن ثم قام يريد قبضه قبل فوته فان ذلك له
 ووجه قول ابن القاسم ان القبض الواجب لحق الرهن قد وجب أولاً فاذا رده فقد ترك حقه ورده
 فلا رجوع له فيه (فرع) فان فات قبل الارتجاع بعق أو تحييس أو ما أشبه ذلك والراهن عديم
 رد لعدمه ولا يرد البيع ولا يعجل من ثمنه الدين ولا يوضع له الثمن لأنه قدره كماله بابعه قبل حيازة
 المرتهن قاله أشهب في الموازية

(فصل) وهذا في حيازة الاعيان وأما الدين فارتهاها جائز قاله مالك ولا يخلو أن يكون دين له
 ذكر حق أو دين لا ذكر له فان كان دين له ذكر حق فحيازته أن يدفع اليه ذكر الحق ويشهد له به
 فهذا جواز أن يكون أحق به من الغرماء في الموت والنفس قاله مالك في الموازية ووجه ذلك ان
 هذا غاية ما يمكن في حيازته (مسألة) وان لم يكن للدين ذكر حق فهل يجزى فيه الاشهاد قال
 ابن القاسم في المجموعة ان لم يكن فيه ذكر حق فاشهد فلا بأس بذلك ونحوه عن مالك وقال ابن القاسم
 أيضاً ان لم يكن فيه ذكر حق لم يجز الا ان يجمع بينهما واذا كان فيه ذكر حق جاز ذلك وهو ظاهر
 قول مالك في الموازية ووجه القول الاول ان الاشهاد أقوى من الجمع بينهما وهو غاية ما يتوثق به
 ويصرف به المال الى الموهوب له وأما الجمع بينهما فليس فيه أكثر من اعلام الذي عليه الحق ولا
 اعتبار برضاه في ذلك فلا معنى لاعلامه على معنى الاشهاد (مسألة) واذا كان الدين للراهن على
 المرتهن فان كان أجل الدين الى مثل أجل الذي رهن به أو بعده منه جاز ذلك وان كان أجل الدين
 الذي رهن به أقرب لم يجز ذلك لان بقاء الرهن بعد محله رهنه كالسلف فصار في البيع بيعا وسلفا الا
 أن يجعل ذلك يبدل الى محل أجل الدين الذي رهن به وهذا تفسير قول مالك في العتبية وغيرها
 ووجه ذلك ان الدين الذي هو الرهن اذا حل الاجل وكان الاجل الى شهر ثم اشترى سلعة يريد الى
 شهرين على أن يؤخر بدينه الحال أو المؤجل الى شهر أو شهرين فهو بيع وسلف ولو كان الرهن
 الى شهرين فاشترى سلعة الى شهر فانه جائز لا يقضى دينه عند انقضاء أجله ويبقى الدين الذي هو
 الرهن الى أجله وان احتيج الى بيعه يبيع على ما بقى من أجله وليس في ذلك وجه من وجوه الفساد
 (مسألة) ومن تسلف من امرأته دراهم ورهنها بها خادما فقال ابن القاسم في الموازية والعتبية
 أحب الى لجعلها بيد غيرها وقال في موضع آخر لا يكون ذلك رهنه وقال أصبغ في الموازية
 ذلك حوزها وكذلك كل ما في البيت الارقبية البيت فلا يكون سكناها فيها حوزا ويصح أن يكون
 قولها مبنيا على صحة اختيار الزوجة ما رهنه الزوج أو منع ذلك وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله
 تعالى ويصح أن يكون مبنيا على ان خدمة الزوجة مستحقة على الزوج والمنزل منزل الزوج فلا يجاز
 عند ابن القاسم عنه ما كان فيه بخلاف ما تقدم لأصبغ والله أعلم

(الباب الثالث فيمن يوضع الرهن على يده)

فاذا كان يقيم له وليان فان رهن منهما رهنه يدين على اليتيم فوضع على يده أحدهما في كتاب ابن المواز
 عن عبد الملك لا يتم فيه الحوز لأن الولاية لهما ولا يجوز المرء على نفسه (مسألة) ومن ارتهن
 حائطا فجعل على يده المساقى فيه أو الاجير فليس برهن حتى يجعل على يد غير من في الحائط وليجعل
 المرتهن مع المساقى رجلا يستغلفه أو يجعله على يد من يرضاه به رواه ابن القاسم عن مالك في
 الموازية وقال عبد الملك في المجموعة ان كان رهن نصفه لم يجز ذلك في الاجير والقيم وان كان رهن
 جميعه فهو جائز ووجه القول الاول ان المساقى والاجير لما كانا عاملين للراهن كانتا يديهما فلا

نصح الحيازة مع بقاء الرهن بيد الراهن أو بيد من يقوم مقامه كالأورهن نصف الخاطئ ووجه القول الثاني أن يد الاجير انما ثابتت عن يد الراهن بأمره فإذا بقي له أمر في بقائه يسهل بقاء بعضه غير مرهون لم يجز ذلك لأنه لا يكون حائزاً نحو زمانه وان لم يبق له فيه شيء فقد زالت يد الاجير عن جميع الرهن بالأمر الأول وصار الرهن يسهل لمعنى آخر (مسئلة) وهل يصح أن يوضع الرهن على يد غير الراهن في المجموعة عن عبد الملك إذا وضع الرهن على يد قيم به من عبده أو أجيره أو مكاتبه فإن كان شيئاً يرهن بعضه فليس يجوز وإن رهن جميعه فذلك حيازة الا في عبده قال وحوز العبد من سيده الرهن ليس يجوز كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون وجه ذلك أن يد العبد لسيده ولا يصح أن يكون الرهن محوزاً مع بقائه بيد الراهن (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد زوجة الراهن ففي كتاب ابن المواز أن أصبح انه ان حيز الرهن بذلك عن رهنه حتى لا يلي عليه ولا يقضى فيه فهو رهن ثابت وقال ابن القاسم في المجموعة يفسخ ذلك ونحوه عنه في العتبية والموازية وجه قول أصبح ان الزوجة تمحوز لنفسها عنه فكذلك يجوز أن تمحوز لغيرها ووجه قول ابن القاسم أن المرأة للزوج عليها نوع من الحجر ولذلك هي ممنوعة فيما زاد على الثلث فلم تحز الرهن على الزوج كعبده وولده الصغير (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد أخى الراهن في العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغي أن يوضع الرهن على يد أخى الراهن وذلك لضعفه وقال ابن القاسم في المجموعة أما في الاخ فذلك رهن تام وجه القول الأول أن الرهن مبنى على منافاة تصرف الراهن والمعتاد من حال الاخ أن لا يمنع أخاه من مثل هذا فلذلك ضعفت حيازته ووجه القول الثاني وهو الصحيح انه مالك لنفسه بآن عنه بملكه فاشبه الأجنبي (مسئلة) وأما وضع الرهن على يد ابن الراهن فلا خلاف في المذهب انه ان كان الابن في حجره ان ذلك غير جائز وأما الابن المالك لأمر نفسه البائن عن أبيه في العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغي أن يوضع على يد ابنه وقال في المجموعة ان وضع على يده فسخ وقال سحنون في العتبية هذا في الصغير وأما الكبير البائن عنه فانه جائز ورواه ابن وهب عن ابن الماجشون في الابن والبنت وتوجيه ذلك مبنى على ما تقدم والله أعلم

(الباب الرابع فحين يوضع على يده الرهن عند اختلاف المتراهنين)

فانه اذا شرط المترهن كون الرهن على يده جاز ذلك ان كان مما يعرف بعينه كالدرهم والعقار والحيوان والثياب وغير ذلك مما لا يكال ولا يوزن فأما الدينارين والدرهم فلا يجوز ذلك فيها لجواز أن ينتفع بهما فرد مثلاً وقال أشهب في المجموعة لأحب ارتهان الدينارين والدرهم والفلس الا مطبوعة للثمة في سلفها فان لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع ويستقبل طبعهما متى عثر على ذلك وهذا اذا كان على يد المترهن دون الأمين وما أرى ذلك في الطعام والادام وما لا يعرف بعينه لانه لا يكاد يخفى التصرف فيه ويخفى في العين فالثمة فيه آيين والذي في المدونة في الدينارين والدرهم والفلس انه يجوز ارتهانها اذا طبع عليها والا فلا قال وكذلك الخنطة والشعر وجميع ما يكال أو يوزن اذا طبع عليها وحيل بين المترهن وبين الانتفاع به قال لان الطعام يؤكل والعين تنفق ويؤتى بثمنها والثياب والحلى لا يؤتى بثمنها لانها معينة والله أعلم (مسئلة) وان شرط كونها على يد أمير لم يمتد ذلك أيضاً ولا يحتاج أن يطبع منها على ما لا يعرف بعينه وهو مذهب ابن القاسم وأشهب فان لم يشترط شيئاً فقد قال محمد بن عبد الحكم انهما اذا اختصما في ذلك قيل لهما اجعلاه على يد من رضىتما فان لم يجعدهما على الرضى باحد جعله القاضى عند من يرضاه ووجه ذلك انهما اذا شرط من يوضع على يده لهما ذلك

واذا لم يشترطاه ورضيا به جاز ذلك لان الحق في ذلك لم يخرج عنهما ولزمهما من رضيا به بعد عقد الرهن كمالزمهما عند عقد الرهن واذا لم يكن شيء من ذلك فان النظر في ذلك من الاختلاف عائد الى الحكم كمال للتيقن لا لولى له اموال الغائب لا وكيل له ولا يلزم المرتهن أن يوضع ذلك على يده اذا أباه قال لانه يريد أن يزيل عن نفسه ضمانه والله أعلم (مسئلة) فان مات الأمين فأوصى الى رجل لم يكن الرهن على يده ولكن على يد من رضى المستراهنان به قال ابن القاسم في المدونة قال أشهب في المجموعة وعلى الوصى أن يعلم بما يؤنه ثم ان شاء اقراره عنده أو عند غيره فان اختلفا فابى وفي غيره جعل بيد أفضل الرجلين

(الباب الخامس فحين يلى الرهن ويقوم به من الاتفاق عليه والاستغلال له)

روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان المرتهن يلى كراء الرهن وأحب الى أن يستأمر الراهن ان حضر فان لم يأمره مضى ذلك وقال ابن القاسم للمرتهن أن يكرى الرهن بغير اذن الراهن علم أو لم يعلم وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة ان لم يأمره الراهن بالكراء فليس له ذلك وفي العينية من سماع ابن القاسم عن مالك ان المرتهن يلى كراء الرهن باذن الراهن وكذلك من وضع على يده يلى ذلك باذن الراهن وجه القول الأول ان عقد الرهن ووضع يده المرتهن يقتضى أن يلى كراءه لان الراهن ليس له ذلك لان توليه يخرج عن الرهن ولا يجوز أن ينقضى عقد الرهن على تضييع الغلة فاقضى عقد الرهن ان يلى كراءه من وضع على يده وجه القول الثانى ان عقد الراهن لا يقتضى حفظ المرتهن للعين التى رهنها وانما يكون ذلك للمرتهن باذن الراهن فاذا أذن له فى حفظه لم يكر له أيضا أن يلى كراءه واستغلاله الا باذنه وانما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بذلك كما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بحفظ الرهن (مسئلة) وليس للمرتهن أن يجابى فى كراء الرهن فان جابى ضمن المحاباة وقضى الكراء رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان عقد الكراء اليه فاذا عقده لزمه وعليه أن يستوفى الكراء فان جابى بشئ منه فهو هبة منه لا كرى فعليها ضمان ذلك القدر الذى جابى به لان الراهن صار كالمجور عليه فى كراء الرهن يلزمه فعل من وضع على يده فيه من العقد وله الرجوع بما جابى فيه من قيمة منفعتة (مسئلة) فان أراد الراهن أن يجعل الدين ويفسخ الكراء فان كان الكراء بلا وجبة لم يكن له فسخه وان كان بوجبة فللراهن فسخه وان كان أجله دون أجل الدين رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال أصبغ ان كانت وجبة الى أجل الدين وأدون فليس للراهن فسخه وان كانت أبعاد من أجل الدين فله فسخ ما زاد عليه اذا حل الأجل وانما فرق ابن الماجشون بين الوجبة وغيرها لان عقد الكراء اذا انعقد على معين يتقدر بنفسه لم يفسخ بفوات زمان وان أغلق بزمان معين وقدر بزمان انفسخ بفوات ذلك الزمان وجه قول أصبغ أن الكراء على اللزوم فاذا لزم مات قدر منه بالعمل فيما لا مضرة فيه على الراهن أو استخدام بقاء الدين الى أجله فكذلك مات قدر منه بالزمان قال أصبغ ولو كان الدين حالا لم أر له أن يكرىها بوجبة طويلة جدا فان فعل لم يلزم الراهن اذا عجل الدين (مسئلة) فاذا ترك المرتهن أن يكرى الدار حتى حل الأجل فان كانت من الدور التى لها قدر كدور مكة ومصر أو كان العبد نبلا ارتفع منه تخراجه فيدعه لا يكرىه فهو ضامن لأجره مثله واذا لم يكن له كبير كراء ومثله فديكرى ولا يكرى لم يضمنه قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال أصبغ لا يضمن فى الوجهين وكذلك الوكيل على الكراء يترك ذلك لم يضمن وجه قول ابن الماجشون ان الراهن مجبور عليه فى كراء داره

وربعه الذي رهنه وذلك للمرتهن الذي هو بيده فاذا ضيعه لزمه ما ضيع وتعدى بتركه وجه قول
أصبيغ انه كالوكيل الذي ليس له فعل الا باذن الموكل فلا يلزمه ضمان شيء من ذلك (مسئلة) ولو
أكرى الراهن الدار بأمر المرتهن خرجت من الرهن قال ابن المواز اتفق على ذلك ابن القاسم
وأشهب ولكن يكره المرتهن بأمر الراهن قال ابن القاسم وكذلك العارية وقال أشهب ان اعاره
المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن
عليه المكسري ويدخل معه فيه حتى يصير في حكم ما هو في يده وقد قال في المدونة انما قلت ان يبيع الرهن
باذن المرتهن لا يبطل الرهن اذا باعه في يد المرتهن ولو دفعه اليه يبيعه لنقض رهنه في قول مالك وقال
يجوز ان ارتهن حصه المرتهن من جلة هذا الطعام فان اراد شريكه قسمته فان كان الراهن حاضرا
أمر أن يحضر فيقاسم شريكه والرهن كما هو بيده فهذا وجه ذلك والله أعلم وأحكم ويحتمل الوجه
الآخر انه محجور عليه في التصرف فيه فعلى هذا انما يكون بيعه ومقاسمته بمعنى الاذن فيه ومباشرة
المرتهن له ويحتمل عندي أن يفرق بينهما بأن المكسري بيده يد من اكراه منه فاذا باشر الراهن
الكراء فقبضه المكسري انتقص بذلك الرهن لانه قد قبضه الراهن واذا باشر ذلك المرتهن فانتقل
بكرائه الى المكسري فلم يخرج عن يده فبقى على حكم الرهن ولذلك قال ابن القاسم وأشهب ان اعاره
المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن ومعنى ذلك ان يد المستعير يد المعير وأما في البيع فان باعه
الراهن وهو في يد المرتهن انتقل الى يد المشتري وقبض المرتهن الثمن فلم يخرج بذلك عن حكم الرهن
وكذلك قسمة الطعام لا تنتقل الرهن في شيء من ذلك الى يد الراهن ولا الى من يده في حكم يد الراهن
وانما يبقى بيد المرتهن فلذلك جاز (مسئلة) واذا كان الكرم رهنا بيد عدل فأقر به بحفار يحفره
في العتبية قال سحنون ولا يحضر حفرة ولا يأتى بحفار وانما يأتى به المرتهن وهو يامر بالحفر ومن
حيث يبدأ وكذلك حرث الارض فهذا وجه ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وعمل الخائط على
المرتهن ومروءة الدار ونفقة العبد وكسوته على الراهن دون المرتهن رواه عيسى عن ابن القاسم في
العتبية ووجه ذلك أن الملك للراهن دون المرتهن فعليه أن ينفق وليس له أن يترك الرهن يخرب
ويفسد (مسئلة) واذا تهورت البئر المرتهنة فعلى الراهن اصلاحها رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم
في العتبية ومعناه في المدونة واذا غرم المرتهن خراج الارض المرتهنة فان كانت من أرض الخراج
رجع على صاحب الارض وان لم تكن من أرض الخراج لم يرجع عليه بشئ لانها مظلمة وكذا
اختزان الرهن ان كان مما يحتزن على الراهن وان كان مما لا يحتزن على الراهن مثله في العادة
كالثوب والعبد فلا كراء فيه رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية وأما الرهن يجعل بيعه بحيث
لا سلطان به ولا يوجد من يبيعه الا يجعل فقد روى عيسى وأصبيغ عن ابن القاسم ان الجعل على من
طلب البيع قال عيسى وما أرى الجعل الا على الراهن ووجه ذلك ان على الراهن صرف الرهن الى
صفة يقتضى منها المرتهن حقه فيجب أن يكون جعل صرف ذلك عليه واذا مات العبد المرتهن
فكفنه ودفنه على رآهنة قاله مالك في المدونة ووجه ذلك ان هذا من مؤنته وذلك لازم لما لكه دون
مرتهنه (مسئلة) واذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر الراهن فهو سلف ولا يكون في الرهن الا
بشرط سواء أنفق باذنه أو بغير اذنه وليس كالمضالة ينفق عليها فيكون عند مالك أولى به من الغرماء
حتى يستوفى نفقتها لانه لا بد أن ينفق عليها وليس عليه ذلك في الرهن لانه يطلب الراهن أن يرفع
ذلك الى الامام في غيبته قاله ابن القاسم قال أشهب هو مثل المضالة والرهن به رهن وليس للراهن منه

من ذلك لان الرهن يهلك ان كان حيوانا ويخرب ان كان ربا (مسألة) وهل يلزم الراهن الانفاق وان كان موسرا في المدونة من ارتهن زرعاً أو ثمرة لم يبدصلاحها فانهارت بثرها أو أي الراهن أن ينفق عليها فليس للمرتهن أن ينفق عليها ويرجع بما أنفق عليها ولكن يكون ما أنفق في رقاب النخل حتى يستوفيه ويبدأ بما أنفق قبل الدين وروى عن ابن القاسم في المختصر من غير المدونة ان الراهن يجبر على الاصلاح ان كان ملياً وجه القول الاول ان العين التي ارتهنها قد تغيرت فليس على الراهن بدلها كالموات الحيوان ان لم يكن عليه أن يأتي ببدله ووجه القول الثاني ان هذه نفقة يعيها بها الرهن فلزمت الراهن كنفقة الرقيق (مسألة) واذا حل أجل الدين ولم يقض الراهن الدين فلا يخلو أن يكون عرا الرهن عن شرط أو يكون جعل الراهن يبيعه لمن هو بيده فان لم يكن في ذلك شرط فليس لمن هو بيده يبيعه ويرفع ذلك الى السلطان قاله مالك في المدونة قال ابن القاسم في غير المدونة فان باعه رديعه قال ولا يبيعه الا ربه أو السلطان وجه ذلك انه غير محجور عليه فلا يلي أحد بيع ماله الا بأبي من الحق فيبيعه عليه السلطان (مسألة) فان كان شرط له يبيعه عند الأجل في المدونة انه ان كان الراهن قد شرط ان لم يأت بالدين الى الأجل والذي هو بيده مسلط على بيعه فان مالكا قال لا يبيعه الا بأمر السلطان زاد ابن القاسم عن مالك في العتية وغيرها كان على يد المرتهن أو يد غيره وشرط ذلك فلا يفعل وشدد فيه وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع ما أرى يبيعه جائزاً الا بأمر السلطان وان شرط ذلك وقال عيسى قال ابن القاسم مثله وبهذا قال الشافعي انه لا يصح توكيله على بيعه وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب أنه يكره ويصح كالوكالة قال ابن القاسم وبلغني عن مالك انه قال فان باعه نفذ البيع ولم يردفات أو لم يفت كان له بال أو لم يكن اذا أصاب وجه البيع لانه يبيع باذن ربه وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم انه قال يمضي ذلك الا أن يكون مماله بال كالدور والأرضين والرقيق والحيوان وماله بال في القدر أيضا فليردان لم يفت فان أمضى الا ان يعلم له صفة تساوى أكثر مما يبيع به فيضمن الفضل قال وبلغني ذلك عن مالك وقال أشهب في الموازية والمجموعة أما القصب والقضاء وما يباع من الثمر شيأ بعد شيء فليبيع بمحضرقوم كما شرط وأما الرقيق والدور والثمار فلا بد من السلطان وقال أشهب وهذا بموضع السلطان وأما بلد لسلطان به فيه أو سلطان يعسر تناوله فبيعه جائز اذا صح وأمن الغرر وذكر الشيخ أبو القاسم هذه الرواية على غير هذا فحكى عن المذهب انه اذا كان اشتراء القصب ونحوه مما لا يبقى مثله أو ينقص ببقائه فللمرتهن الموكل على البيع يبيعه وان كان عرضاً أو ربعاً تكثر قيمته ولا يضر بقاؤه فقد كره له يبيعه الا باذن الحاكم اذا غاب ربه وقال أشهب لا بأس ببيع الربع وغيره وجه القول بمنع البيع انه بائع بسبب نفسه فتقوى فيه التهمة ووجه القول الثاني ان كل من يصح توكيله على بيع غير الرهن صح توكيله على بيع الرهن كالأجنبي (فرع) واذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل فقد حكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد عن المذهب ليس له ذلك الا باذن المرتهن وقال القاضي أبو اسحق له ذلك وبه قال الشافعي وجه القول الاول ان هذه وكالة اذا شرطت في العقد صارت من موجباته فلم يكن للراهن فسخها كاساك الرهن وجه الرواية الثانية انه عقد وكالة فلم يلزم بالعقد كسائر الوكالات (مسألة) وبيع الرهن مختلف قال ابن عبدوس اذا أمر الامام ببيع الرهن فاما اليسير الثمن فيباع في مجلس وما كان أكثر منه ففي الأيام وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك وأما الجارية الفارته والدار والمزل والثوب الرفيع فبقدر ذلك حتى

يشتهر ويسعر به ورم بما نودى على السلعة الشهرين والثلاثة وكل شيء بقدره (مسئلة) وإذا أمر
الامام ببيع الرهن بغير العين من عرض أو طعام فقد قال ابن القاسم في الموازية لا يجوز ذلك وقال
أشهبان باعه بمثل ما عليه ولم يكن فيه فضل فذلك جائز وإن كان فيه فضل لم يجز بيع تلك الفضلة
والمشتري بالخيار فيما بقي إن شاء تمسك وإن شاء رد لما فيه من الشركة وإن باعه بغير ما عليه لم يجز

القضاء في الرهن يكون بين الرجلين

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم أحدهما ببيع رهنه
وقد كان الآخر انظره بحقه سنة قال إن كان يقدر على أن يقسم الرهن فلا ينقص حق الذي انظره
بحقه بيع له نصف الرهن الذي كان بينهما فأوفى حقه وإن خيف أن ينقص حقه ببيع الرهن كله
فأعطى الذي قام ببيع رهنه حصته من ذلك فإن طابت نفس الذي انظره بحقه لم يدفع نصف الثمن
إلى الراهن والاحلف المرتهن أنه ما أنظره إلا ليوقف لي رهنى على هيئته ثم أعطى حقه * ش وهذا
على حسب ما قال ابن الرجلين يصح أن يرتنه رهنًا من رجل فإن رضى الراهن أن يكون يبدأ أحدهما
فذلك جائز ويضمن حصته منه وهو في باقيه أمين يضمه الراهن قال ذلك ابن القاسم وأشهب زاد
أشهب في المجموعة فإن لم يتراضيا بكونه يبدأ أحدهما جعل يبدأ أمين ولا يضمناه قال ابن القاسم
وأشهب وإن قبضه من الراهن ولم يجعله يبدأ أحدهما ضمناه وإن جعله يبدأ أمين وجه ذلك أنه إنما
أسلمه اليهما فإن انفرد أحدهما بعد ذلك بقبضه أو اتفقا على وضعه عند من شاء آ فقد تعديا فيه وجعله
عند من لم يأذن لهما فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله في الرجلين إذا ارتنه رهنًا بحق لهما ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يرتنه في
وقت واحد والثاني أن يرتنه أحدهما فضل الآخر ومسئلة الكتاب تقتضى أنهما ارتنه معا ولو
ارتنه رهنًا بدين لهما على رجل فأنظره أحدهما بحقه سنة وقام الآخر يطلب تعجيل حقه فإن كان
الرهن لا تنقص قيمته بالقسمة قال في الأصل إن لم تنقص قسمة حق الذي انظره بحقه ببيع وفي
المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك وهو في الموازية والعنينة من رواية عيسى وأبو زيد عن
ابن القاسم أن قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه قسم فيبيع لهذا نصفه في حقه * قال
أبو الوليد رضى الله عنه وعندي أنما يراعى في ذلك ادخال القسمة النقص في قيمة الرهن وإذا دخل
النقص في أحد القسمين فلا بد من أن يدخل في الآخر فتارة أظهر مراعاة حق القائم وتارة أظهر
مراعاة حق الآخر والمعنى فيهما واحد لا سيما وقد ثبتت في المسئلة أن الرهن بينهما بنصفين وقد زاد في
المجموعة والعنينة أن دينهما سواء فإذا بيع نصف الرهن فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم في حقه
وإن قصر عن الدين طلبه ببقية دينه ولم يكن له أن يباع شيء من بقية الرهن لتعلق حق صاحبه به وبقي
إلى الأجل الذي أنظره وإن لم يكن فيه فضل عن دين الذي أنظره ولو كان فيه فضل عن دينه فقد روى
عيسى عن ابن القاسم فيمن رهن عبدا أو دارا في دين مؤجل فقام عليه غريم آخر قال الشيخ أبو
محمد يريد وهو معسر فإن كان في الرهن فضل عمار رهن به ببيع فقضى المرتهن حقه معجلا وقضى
الغريم الآخر وإن لم يكن فيه فضل لم يبيع حتى يحل أجل المرتهن فعلى هذا لا تباع حصة الذي تأجل
دينه بما بقي من دين الذي تعجل الآن يكون فيها فضل عن دين صاحبه وأما ما كان في حصة الذي
تعجل فقد عن دينه فأنما يباع منه عندى بقدر الدين المعجل ولا يكون مافضل عن الدين رهنًا ويدفع

القضاء في الرهن يكون

بين الرجلين

قال يحيى سمعت مالكا
يقول في الرجلين يكون
لهما رهن بينهما فيقوم
أحدهما ببيع رهنه وقد
كان الآخر أنظره بحقه
سنة قال إن كان يقدر على
أن يقسم الرهن ولا ينقص
حق الذي أنظره بحقه ببيع
له نصف الرهن الذي كان
بينهما فأوفى حقه وإن
خيف أن ينقص حقه
بيع الرهن كله فأعطى
الذي قام ببيع رهنه حصته
من ذلك فإن طابت نفس
الذي أنظره بحقه أن
يدفع نصف الثمن إلى
الراهن والاحلف المرتهن
أنه ما أنظره إلا ليوقف
لي رهنى على هيئته ثم
أعطى حقه

الى الراهن لانه انما رهن كل واحد منهما نصف ذلك الرهن فلا دخول للآخر فيه والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله فان خيف أن ينقص حقه ببيع الرهن كله فأعطى الذي قام ببيع رهنه من ذلك
أضاف الرهن الى المرتهن لما كان له ثمنه وكان يسده وقال ان الرهن كله يباع ويعطى من ذلك ولم
يبين قدر ما يعطى ولا يبين أى قدر يعطى وقد بين ذلك في المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فقال
ابن القاسم ان القاسم يأخذ من نصفه حقه يريدانه لاسيلا له الى النصف الذى هو حصته الذى أنظره
من الرهن وانما يأخذ دينه من النصف الذى ارتهن وقد تقدم ذكر ذلك

(فصل) وقوله فان طبأت نفس الذى أنظره بحقه دفع نصف الثمن الى الراهن والاحلف ما أنظرته
الى الوفاء لى رهنى يريدانه ان أراد المرتهن أن يدفع الى الراهن ثمن نصف الرهن وهو الذى كان
ارتنه المؤجل بالدين جاز ذلك لانه رهن قد طبأت نفسه برده الى الراهن وينظره مع ذلك بدينه
وان أبى من ذلك حلف يريدانه ما أخره الا ليقبى الرهن وثيقة بحقه ثم يقتضى من ثمن حصته من
الرهن دينه وهذا اذا بيع الرهن بمثل ماله من الدين وكان الدين عينا فان بيع بعين مخالف للعين
الذى له فقد قال أشهب في العتية والموازية في الرهن يستحق نصفه ولا ينقسم ولا يرضى المستحق
ببقائه بيد المرتهن انه يباع ويعجل للمرتهن حقه ان يبيع بمثل دينه فان يبيع بدنانير ودينه دراهم أو
يبيع بدراهم ودينه دنانير وقف للمرتن ذلك رنا الى الأجل فيباع حينئذ في حقه لما بزجى من غلاء
ذلك وجهه انه غير الصفة التى يمكنه أن يقبضها ويرجوه من الربح في نقلها الى الصفة التى يستحقها عند
حلول أجل دينه ما لا يرجوه الآن فلم يكن له أن يباع فيعجل من ثمنه دينه كما لا يجوز ذلك في غير الرهن
(فصل) وان يبيع بقمع وحق المرتن نج مثله فقد قال ابن المواز انه بمنزلة أن يباع بدنانير ودينه
دنانير أو يباع بدراهم ودينه دراهم وقال أشهب في العتية انه ان يبيع بشئ من الطعام أو الادام أو
الشراب وهو مثل الذى له صفة وجنسا وجودة فأنى أستحسن أن له تعجيله وان أبى صاحبه لانه انما
يعطيه مثله اذا لم يعطه اياه وهذا الذى قاله يقتضى أن يكون هذا حكم كل مكيل وموزون وما فى
حكمهما وكذلك قال سحنون في المجموعة ان يبيع بمثل حقه فليعجل له وقال في موضع آخر الا أن
يكون حقه طعاما يبيع فإبى أن يتعجله فذلك لانه فاعتبر في ذلك رضى الله عنه رضا المرتن لان من
اشترى طعاما مؤجلا لم يكن للبائع تعجيله قبل وقته بخلاف العين (مسئلة) وان يبيع بطعام مخالف
لماله فقد قال محمد بن بوضع رهنا يبيده الى حلول حقه وقال أشهب في العتية وكذلك ان يبيع بعرض
بمثل حقه أو مخالف له وضع رهنا وليس له تعجيله بغير رضا الراهن ووجه ذلك ان ما لمثل له
لا تسكاد نصح فيه المائلة فقد يجد عند الأجل ما هو أقرب الى المائلة وأيسر عليه فبما يجزى عنه

(فصل) وقوله ثم يعطى حقه على ما تقدم وقد روى في العتية ابن القاسم عن مالك في مسئلة
الأصل يحلف ويعطى حقه الا أن يأتى الراهن برهن فيه وفاء حق الذى أنظره فيكون له أخذ الثمن
فبين ان مسئلة الأصل انما هى في المعسر (مسئلة) ولو كان أصل دينهما من بيع أو قرض
أو أحدهما من قرض والآخر من بيع جاز ذلك ما لم يقرضه أحدهما على أن يبيعه الآخر فلا يجوز
فان لم يكن بشرط جاز ذلك قاله ابن القاسم في المسئلة (مسئلة) فان أقرضاه وارتنه ثمنه دارا
أو ثوبا أو قرض أحدهما خرجت حصته من الرهن فان كان دينهما من جنس واحد وكتباه في ذكر
واحد لم يكن له أن يقضى أحدهما دون الآخر وان كان دينهما من جنسين لا أحدهما دراهم ولا آخر
شعبير جاز لاحدهما أن يقضى دون الآخر ولو كتباه بغير ذكر واحد أو يكون الرهن لهما بشئ واحد

دنانير كلها أو قنطاراً أو شيئاً واحداً أو نوعاً واحداً وإن لم يكتب به كتاباً فليس لأحد من أن يقتضى دون الآخر وذلك إن ذكر الحق إذا جعلاهما أو الرهن فقد جعلهما مع اتفاق جنس الدين كالشرى بدين فلا يقبض أحدهما دون الآخر فإن كان دينهما من جنسين مختلفين انتفت الشركة وتباينت الحقوق فلم يمنع أحدهما من قبض حقه وكذلك إذا كانا من جنس واحد ولم يضمنهما ما يجمع بينهما بد كرحق ولا رهن وكتبا حقهما مفرقا لأن ذلك بمعنى القسمة لأن أفراد ذكر الحق يميز الحق كما يميزه أفراد نفس الحق

(فصل) وأما إذا رهن أحدهما بعد الآخر فهو أيضاً على قسمين أحدهما أن يرهن أحدهما جزئاً من الرهن ثم يرهن رجلاً آخر باقية فإن كان أجل الدينين واحداً فخكمه حكم ما رهننا جميعه معاً وإن كان أجلهما مختلفاً فخكمه حكم مسئله الكتاب في الرجلين ينظر أحدهما ويتعجل الثاني (مسئله) وإذا رهن رجل رهنين له عليه ثم ادان من آخر ورهنه فضلة ذلك الرهن الأول ففي المجموعة عن مالك ذلك جائز أن رضى المرتهن الأول فإن لم يرض لم يجز وقاله ابن القاسم وأشهب وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ قال لا يشبه له ذلك رضى الأول أو سخط لأنه لا ضرر عليه في ذلك إذا هو المبدأ وقال ابن حبيب إنما أراد مالك رضا الأول أن لم يتم الحوز الثاني وإذا لم يرض لم يتم ولا تكون الفضلة له رهننا بل هو أسوة الغرماء فيها وهذا الذي قاله ابن حبيب قدر واه ابن الموازع عن ابن القاسم عن مالك فمن رهن رهننا وجعله بيد المرتهن ثم رهن فضله الآخر لم يجز ذلك لأن يحوزه غير الأول لأن الأول إنما حازه لنفسه فلا يكون رهننا الثاني قال ابن القاسم الآن رضى الأول فيحوز ويبدأ الأول ويكون الثاني مافضل وقال أصبغ إذا جعل الرهن بيد غير المرتهن جاز أن يرهن فضله الآخر وإن أبي ذلك المرتهن الأول إذا علم من هو على يده لتتم الحيازة لها وقيل عن مالك حتى رضى الأول والقياس ما قلت لك وقدر روى الشيخ أبو القاسم رواية أخرى في رهن فضلة الرهن أن ذلك لا يجوز وإن أذن فيه المرتهن الأول والله أعلم وأحكم (مسئله) وإذا حل أجل دين الثاني قبل الأول ففي الموازية لأشهب عن مالك أنه قال إذا لم يعلم الأول أن الدين الثاني يحل قبل دينه يبيع الرهن ويعطى الأول حقه قبل محله ويعطى الثاني مافضل عن دينه ثم إن يبيع بمثل حقه أو بخلافه فقد تقدم في ذلك قول أشهب وسحنون بما يغني عن إعادته وقد قال سحنون في العتبية إنما تنفسير قول أشهب في الرهن يستحق نصفه فأما مسئله الرهن يرهن فضله فيحل حق الثاني فيباع له فإنه إذا وقف الأول مقدار حقه فقد يتغير ما يوقف له حتى ينقص عند أجل من حقه قال ابن عبدوس وكأنه يرى فيها رأيت أنه إن كان إنما يباع بخلاف حق الأول أن لا يباع إلى أجله لأنه إذا بيع بخلافه وقف الرهن كله ولم يقبض الثاني شيئاً فلا فائدة في بيعه ومعنى ذلك أن الثاني ليس له إلا مافضل عن الأول ولا يعلم ذلك إلا إذا بيع بمثل ماله والله أعلم ص ~~وقال يحيى~~ وسمعت مالك يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال إن مال العبد ليس برهن الآن يشترطه المرتهن ~~ش~~ وهذا على حسب ما قال إن من رهنه عبداً له مال فإن مال العبد لا يبيعه في حكم الرهن لأنه ليس بملك للراهن والراهن إنما يرهنه ما يملكه (فصل) وقوله الآن يشترطه المرتهن يريد فيكون رهننا مع العبد وإنما يكون رهننا مع العبد ماله الذي كان له يوم اشتراطه قاله مالك في المجموعة والموازية أنعماء ذلك المال فإنه بمنزلة أصله ووجه ذلك أن نعماء كل مال تبع لأصله في سائر أحكامه ولذلك تبعه في الزكاة وأما ما إذا بعد الارتهان فلا يكون رهننا معه وقد تقدم ذكره

* قال وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الآن يشترطه المرتهن

﴿ القضاء في جامع الرهون ﴾ قال يحيى سمعت مالكا يقول فبين ارتهن متاعا فيها المتاع عند المرتهن وأقر الذي عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا في (٢٥٩) الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال

المرتهن قيمته عشرة دنانير

والحق الذي للرجل فيه

عشرون دينارا * قال

مالك يقال للذي بيده

الرهن صفه فاذا وصفه

أحلف عليه ثم أقام تلك

الصفة أهل المعرفة بها فان

كانت القيمة أكثر مما رهن

به قيل للمرتهن اردد الى

الراهن بقية حقه وان

كانت القيمة أقل مما رهن

به أخذ المرتهن بقية حقه

من الراهن وان كانت

القيمة بقدر حقه فالرهن

بما فيه * قال يحيى وسمعت

مالكا يقول الأمر عندنا

في الرجلين يختلفان في

الرهن يرهنه أحدهما

صاحبه فيقول الراهن

أرهنتك بعشرة دنانير

ويقول المرتهن ارتهنته

منك بعشرين دينارا

والرهن ظاهر بيد المرتهن

قال يحلف المرتهن حين

يحيط بقيمة الرهن فان

كان ذلك لازية فيه ولا

نقصان عما حلف ان له فيه

أخذه المرتهن بحقه وكان

أولى بالتبذير باليمين لقبضه

الرهن وحيازته اياه الا ان

يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه ويأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التي سمي أحلف

المرتهن على العشرين التي سمي ثم يقال للراهن امان أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذي قلت

انك رهنته به وبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لم يغرم ما حلف عليه

﴿ القضاء في جامع الرهون ﴾

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول فبين ارتهن متاعا فيها المتاع عند المرتهن وأقر الذي عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا في الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذي للرجل فيه عشرون دينارا * قال مالك يقال للذي بيده الرهن صفه فاذا وصفه أحلف عليه ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت القيمة أكثر مما رهن به قيل للمرتهن اردد الى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة أقل مما رهن به أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه * ش أكثر ما في هذا الفصل فتقدم الكلام عليه ومعنى ذلك ان الرهن اذا ضاع عند المرتهن وكان مما يغاب عليه فزومه ضمانه لانه لم يرق بينه بضايحه وألانه يحكم بضمانه وان قامت بذلك بينة على ما رواه أشهب فان اختلفا في قيمته وأدعى الراهن من ذلك أكثر مما أقر به المرتهن قبل المرتهن صفه قال فاذا وصفه حلف على تلك الصفة يريد لان الراهن خالفه فيها وأدعى أفضل منها وارجل الراهن الصفة فقد قال ابن حبيب عن أصبغ اذا وصفه المرتهن حلف وان نكل بطل حقه وكان الرهن بما فيه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى انه لو ادعى الراهن معرفة الصفة ونكل المرتهن حلف الراهن وقومت الصفة التي حلف عليها (مسئلة) فاذا حلف المرتهن على الصفة التي أقر بها قومها أهل المعرفة فربما قومها بأكثر مما أقر به من القيمة فان كانت تلك القيمة أكثر من الدين وذلك على وجهين أن يكون ما أقر به من قيمتها أو لا أكثر من قدر الدين أو يكون قدر الدين أكثر من قدر الدين لكنه وصفها بعد ذلك بصفة قومته بأكثر من الدين فهذا يقطع دينه بمماز من القيمة وقيل له رد الفضل على الراهن وان كانت القيمة أقل من الدين كان على الراهن أن يوفي بقيمة الدين وان كانت القيمة بقدر الدين فقد قال ان الرهن بما فيه يريد ان هذا من المواضع التي قال فيها من تقدم الرهن بما فيه أو انه يصح أن يحمل قولهم ذلك على هذه المسئلة وما أشبهها ولو أقر أو لا بقيمة الرهن فلما خالفه في ذلك الراهن وصفه بصفة قومته بأقل من القيمة التي أقر بها أو لا فان عندى انه تلزمه القيمة الاولى التي أقر بها ويحمل ما وصفنا به الرهن مما قصر عن تلك القيمة جمعا البعض القيمة بعد الاقرار بها والله أعلم وأحكم ص قال يحيى وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجلين يختلفان في الرهن يرهنه أحدهما صاحبه فيقول الراهن ارهنتك بعشرة دنانير ويقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا والراهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن حين يحيط بقيمة الرهن فان كان ذلك لازية فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه أخذ المرتهن بحقه وكان أولى بالتبذير باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا ان يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه ويأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التي سمي أحلف المرتهن على العشرين التي سمي ثم يقال للراهن امان أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذي قلت انك رهنته به وبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لم يغرم ما حلف عليه

المرتهن **ش** وهذا على ما قال انهما اذا اختلفا في قدر الدين فقال الراهن عشرة وقال المرتهن عشرون والرهن قائم بيد المرتهن يحلف حتى يحيط بقية الرهن قال وكان مبدءاً باليمين لقبضه الرهن وحيازته **هـ** قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وسواء عندى كان بيده أو وضع له على يد عدل لأن يد العدل حائزة للمرتهن وقد قال ابن المواز يبدأ المرتهن باليمين لأن الرهن شاهد له فان كانت بقية الرهن عشرون دينارا فهو للمرتهن إلا أن يشاء الراهن أن يعطيه ما حلف عليه ويأخذ رهنه على ما ذكره مالك في الاصل

(فصل) وان كانت بقية الرهن أقل من العشرين التي سماها أحلف المرتهن على العشرين التي سمى يريدانه ان كانت قيمة الرهن خمسة عشر فله أن يحلف على العشرين التي ادعى قال ابن المواز ولو قال المرتهن لا أحلف الا على قيمة الرهن لكان له ذلك وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه القرويين انه انما يحلف المرتهن على خمسة عشر كما لو ادعى عشرون وشهد له شاهد بخمسة عشر فانه انما يحلف على الخمسة عشر التي شهد بها شاهد دون العشرين التي ادعاها وهذا الذي قاله مخالف لنص المذهب على ما ثبت في الاصل من قول مالك رحمه الله ولا أعلم فيه خلافاً بين أصحابنا الا ما قاله ابن المواز ان المرتهن مخير بين أن يحلف على العشرين أو على الخمسة عشر والفرق بين الرهن والشاهد ان الرهن متعلق بجميع الدين والشاهد لا يتعلق به بما لم يشهد به الا ترى ان الراهن لو أقر بالعشرين فان الرهن يكون رهناً بجميعها ولا يختص بقدر قيمتها منها ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر التي شهد بها فجاز أن يقال انه يحلف مع الشاهد على خمسة عشر ويحلف مع الرهن على العشرين التي ادعى (فرع) فاذا قلنا بالتخير لحلف المرتهن على العشرين قيل للراهن اما أن تحلف وتسقط عن نفسك الخمسة الزائدة على قيمة الرهن واما أن تنكّل فيدفع اليه ما حلف عليه وان حلف المرتهن أولاً على خمسة عشر فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ليسقط عن نفسه بقية دعوى المرتهن وهي ما زاد على قيمة الرهن فان نكّل الراهن لم يقض للمرتهن بالزيادة على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله ووجه ذلك ان اليمين وجبت في الخمسة الزائدة على قيمة الرهن أولاً على الراهن وكان للمرتهن أن يضيف اليمين فيهما الى يمينه التي له أن يحلف بها في الخمسة عشر التي شهد بها الرهن فان امتنع من ذلك وحلف على الخمسة عشر فلا معنى ليمين الراهن لأن المرتهن قد استحق جميعها بيمينه وشهادة قيمة الرهن ولونكّل المرتهن على اليمين جملة حلف الراهن على ان جميع حقهم عشرة فيكون يمينه في الخمسة التي شهد بها الرهن مردودة عليه لأنها كانت للمرتهن ابتداءً بشهادة قيمة الرهن فلما نكّل عن هاردت على الراهن وتكون يمينه في الخمسة الاخرى يميناً غير مردودة لأنها وجبت عليه ابتداءً بمجرد دعوى المرتهن فان حلف سقطت عنه العشرة بالوجهين المذكورين وان نكّل لزمته الخمسة التي ردت عليه فيها اليمين لأن هذا حكم كل من نكّل عن يمين ردت عليه واما الخمسة الاخرى فان قلنا ان امتناع المرتهن أولاً من أن يحلف عليها نكول مؤثر لأنه لا ترتيب بين نكول المدعى وبين المدعى عليه أو نكوله فقد سقطت عن الراهن لوجود نكول المرتهن عن اليمين التي حكمها ان ترد عليه وان قلنا انه غير مؤثر وليس له حكم النكول الا بعد نكول الراهن لما يلزم بينهما من الترتيب فان له أن يحلف فيسقطها أو ينكّل فتبطل دعواه بها وبالله التوفيق (مسألة) وان كانت قيمة الرهن خمسة عشر دينارا فقد روى يحيى عن ابن القاسم ان قال الراهن أنا أذفع اليك خمسة عشر وأخذرني فليس ذلك له الا أن يدفع عشرون

المرتهن

دينارا قال ابن نافع اذا دفع الراهن الى المرتهن قيمة الرهن كان أولى به قال الشيخ أبو محمد في نوادره وهو تفسير قول مالك في الموطأ وجه قول ابن القاسم ان حق المرتهن قد يتعلق بجميع قيمة الرهن على نحو ما حلف عليه لان يمينه لما تعلق بالعشرين ولم يكن لها محل من ذمة الراهن كان محلها الرهن يدل على ذلك انها لو زادت قيمة الرهن بعد اليمين وقبل البيع لكان ذلك كله للمرتهن فاقتضى ذلك أن يكون أحق بالعين حتى يعطى ما استوجب بيمينه وذلك العشرون دينارا ووجه قول ابن نافع ان الحق انما يتعلق بقيمة الرهن دون عينه لان القيمة من جنس حقه دون عين الرهن فاذا أعطاه الراهن القيمة التي هي من جنس حقه كان له أخذ رهنه وفي كتاب ابن عبدوس ان شاء الراهن أن يعطى ما قال المرتهن والابتع الرهن ودفع اليه من ثمنه ما ذكر (مسئلة) ومتى تراعى قيمة الرهن قال ابن نافع في النوادر ان كان الرهن قائما فقيمه يوم الحكم وان هلك فقيمه يوم قبضه ورواه عيسى عن ابن القاسم في المدونة وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع وقال في موضع آخر يوم الرهن فعلى قولنا باعتبار تضمين قيمته يوم الضياع يجب أن يعتبر بتلك القيمة في مبلغ الدين والله أعلم وجه قول ابن نافع ان الرهن اذا وجد بيمينه شهد بقدر الدين لوجوده يوم الحكم واذا عدم ضمن لقيمته فكانت القيمة في ذلك تقوم مقام العين عند وجودها (فرع) وهذا اذا كان مما يضمنه المرتهن لكونه مما يغاب عليه فان كان مما لا يضمنه المرتهن امالانه مما لا يغاب عليه اولانه وضع على يده أمين او قامت بضايعة بينة فقد قال ابن المواز القول قول المرتهن ما كان الرهن قائما وقال أصبغ في العتبية في الرهن يكون على يده أمين ثم يختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين القول قول الراهن مع يمينه لانه لم يضع الرهن في يده المرتهن وجه قول ابن المواز انه رهن باقى على حكم الرهن يستوفى منه المرتهن حقه فكان شاهدا بقدر الدين كالذى يضمن باليد ووجه قول أصبغ ما احتج به من انه غير مسلم اليه ولا مؤتمن عليه فلم يشهد بالدين وهذا التعليل لا يمنع شهادة ما لا يغاب عليه مع بقاءه وتسليمه الى المرتهن وان عللنا بان ما لا يضمن من الرهن ولا يشهد بقيمته عند ضياعه بقدر الدين فان عينه لا تشهد به مع بقاءه كالوديعة (فرع) فان تلف ما لا يغاب عليه او قامت بينة بضايعة ما يغاب عليه في العتبية من رواية يحيى بن يحيى وأبي زيد عن ابن القاسم ليس على الراهن الا ما أقر به من قليل أو كثير مع يمينه ولا يعتبر بقيمة الرهن وجه ذلك أن الرهن قد يبطل وحل منه الرهن فاشبه المداينة دون رهن

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه العشرين التي حلف عليها وتأخذ رهنك واما ان تحلف على الذي زعمت انك رهنته به وبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن قال ابن المواز ان كان الرهن يساوى ما قال المرتهن أو أكثر لم تكن اليمين الا عليه وحده وان كان لا يساوى الا ما قال الراهن فاقبل لم تحلف الا الراهن وحده لان يمين المرتهن لا تنفعه وان كانت قيمته أكثر مما أقر به الراهن أو أقل مما ادعاه المرتهن فهاهنا يحلفان ويبدأ المرتهن باليمين لان الرهن شاهده على قدر قيمته من الدين (مسئلة) ولو اختلفا في الدين فقال الراهن هو بمائة اردب حنطة وقال المرتهن اعمارته بمائة دينار وقيمة الرهن مائة دينار قال أصبغ في العتبية ان كان قيمة المائة التي أقر بها الراهن أكثر من قيمة مائة دينار فالراهن مصدق ويؤخذ منه فتباع بها الحنطة فيوفى وان كانت أقل فالمرتهن مصدق كالأوصدقة في كثرة النوع

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذي حلف عليه واما أن تأخذ رهنك واما ان تحلف على

الذي قلت ويبطل عنك ما زاد على قيمة الرهن بربده أن يمينه تسقط عنه ذلك فانه ان نكل لم جميع ما حلف عليه المرتهن وان كان أضعاف قيمة الرهن ولونكل المرتهن فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ولا يغرم الا ما حلف عليه وجه ذلك أن يكون المرتهن مضعفا لدعواه وما شهد به الرهن وغيره فلما حلف الراهن لم يجب عليه غير ما أقربه

(فصل) وقوله وان لم يحلف الراهن غرم ما حلف عليه المرتهن واضح في ان المرتهن انما يحلف أولا على جميع الحق ولذلك اذا نكل ولم ترد عليه اليمين بنكول الراهن عنها وقد جعل هذا القائل من حجة ما قاله ان اليمين ترد عليه كانه امر قد سلم له قال ومن عيب هذا القول انه لو حلف على عشرين فوجب له اخذ خمسة عشر ويمين المطلوب على الخمسة الزائدة فنكل المطلوب أليس ترد اليمين على الراهن فيصير يحلف مرتين * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى ان المسئلة تحتمل قولين فان قلنا ان يمين المرتهن أولا قدمت على موضعها ليسلم من تكرار اليمين عليه فيستحق بها ونكول الراهن بعدها ما زاد على قيمة الرهن لانه حق اجتماع فيه يمين المدعي ونكول المدعي عليه فوجب أن يقضى به كالموت قدم نكول المدعي عليه وان قلنا ان تلك اليمين فيما زاد على قيمة الرهن ليست لاستحقاق تلك الزيادة وانما هي ليقو المرتهن بهادعواه دون أن يلزمه أو يقتضى منه فان نكول الراهن عن اليمين فيما يدعي عليه المرتهن يقتضى رد اليمين على المدعي وهو المرتهن فيحلف ويستحق بمنزلة ما لو شهد له شاهد بخمسة عشر دينارا وهو يدعي عشرين يحلف مع العشرين مع شاهد بخمسة عشر فان المدعي عليه يحلف على نفى الخمسة فان نكل ردت اليمين على المدعي فيحلف في الخمسة ميمنا ثانية يستحقها بها (فرع) واذا نكل المرتهن أولا ثم نكل الراهن فقد قال ابن القاسم حكمهما اذا نكلا مثل حكمهما اذا حلفا لا يلزم الراهن الا قيمة الرهن قال ولا ألزم الراهن اذا نكل غرم ما ادعاه المرتهن أولا لانه لما نكل لم يلزم غرم ما زاد على قيمة الرهن حتى رد اليمين على مدعيها فلما تقدم نكوله عنها لم يكن له مناشئ ويخرج من هذا صحة ما تقدم نكول المدعي قبل نكول المدعي عليه أو يمينه على قول ابن المواز ولا يبعد هذا وقد تقدم في القول الاول من نكول المرتهن ويمين الراهن فلا يكون على هذا القول بين نكول المدعي ونكول المدعي عليه أو يمينه ترتيب وعلى القول الثاني يكون بينهما ترتيب ولهذا تأثير في مسائل كثيرة وأما اذا تلف الرهن بعد نكول المرتهن فانه لا يلزمه الا ما أقربه من الدين والله أعلم **✎** قال مالك فان هلك الرهن وتنا كلاً الحق فقال الذي له الحق كانت له فيه عشرون دينارا وقال الذي عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنائير وقال الذي له الحق قيمة الرهن عشرة دنائير وقال الذي عليه الحق قيمة عشرون دينارا قيل للذي له الحق صفة فاذا وصفه أحلف على صفته ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت قيمة الرهن أكثر مما ادعى فيه المرتهن أحلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته أقل مما يدعي فيه المرتهن أحلف على الذي زعم أنه له فيه ثم قاصوه بما بلغ الرهن ثم أحلف الذي عليه الحق على الفضل الذي بقي للمدعي عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك ان الذي يسه الرهن صار مدعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ما حلف عليه المرتهن مما ادعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه ما بقى من حق المرتهن بعد قيمة الرهن **✎** ش وهذا على حسب ما قال ان المتراهنين اذا تنا كلا وقد ضاع الرهن وكان مما يغاب عليه فقال المرتهن قيمة الرهن عشرة دنائير ودينى فيه عشرون دينارا وقال الراهن

قال مالك فان هلك الرهن
وتنا كلاً الحق فقال الذي
له الحق كانت لى فيه
عشرون دينارا وقال الذي
عليه الحق لم يكن لك فيه الا
عشرة دنابر وقال الذي
له الحق قيمة الرهن عشرة
دنابر وقال الذى عليه
الحق قيمته عشرون
دينارا قيل للذى له الحق
صفة فاذا وصفه احلف
على صفته ثم أقام تلك
الصفة أهل المعرفة بها فان
كانت قيمة الرهن أكثر مما
ادعى فيه المرتهن أحلف
على ما ادعى ثم يعطى
الراهن ما فضل من قيمة
الرهن وان كانت قيمته
أقل مما يدعى فيه المرتهن
أحلف على الذى زعم أنه
له فيه ثم قاصوه بما بلغ
الرهن ثم أحلف الذى
عليه الحق على الفضل
الذى بقى للدعى عليه بعد
مبلغ من الرهن وذلك أن
الذى بيده الرهن صار
مدعيا على الراهن فان
حلف بطل عنه بقية ما
حلف عليه المرتهن مما
ادعى فوق قيمة الرهن وان
نكل لزمه ما بقى من حق
المرتهن بعد قيمة الرهن

قيمة الرهن عشرون دينارا ودينك فيه عشرة دنائير فإنه يقال للرهن من صفه لانه الغارم فاذا وصفه حلف على تلك الصفة اذا كانت أدون من الذي ادعاها الراهن لم يقوم أهل المعرفة تلك الصفة التي حلف عليها المرتهن ثم ان كانت تلك القيمة أكثر من العشرين التي ادعاها المرتهن من الدين احلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة الرهن عن دينه الذي حلف عليه وهذا قول مالك وأكثر أصحابه وذلك ان ما ثبت من قيمة الرهن باقرار المرتهن وبيمينه بمنزلة ما ثبت من ذلك باتفاقهما عليه فكانا سواء في الشهادة بقدر الدين ووجه ذلك أنه متفق عليه وانما أحلف المرتهن ليسقط عنه ما ادعاه الراهن من قيمة الرهن زائدا على ما أقرب به والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذي يدعى ثم قاصوه بذلك من قيمة الرهن يريد اذا كان الدين من جنس قيمة الرهن واذا كان الرهن لا يعلم ضياعه الا بقول المرتهن وكان أصل الدين من سلم روى في ذلك أن يكون الرهن يجوز أخذه من رأس مال المسلم ويجوز أخذه من المسلم فيه فان كان الامر ان جائز من صحت المقاصة وان امتنع أحدهما امتنعت المقاصة مثال ذلك أن يكون الرهن دنائير ورأس مال المسلم دراهم فلا تجوز المقاصة لان ما أظهره من السلم ملغى وما آل أمرهما إلى سلم دراهم في دنائير فان كان الرهن ورأس مال السلم دنائير من جنس واحد وكان الرهن أكثر لم تجز المقاصة لان ما آل أمرهما إلى سلم دنائير في أكثر منها وان كانت دنائير الرهن مثل دنائير رأس مال السلم أو أقل صحت المقاصة لتبعد التهمة (فرع) ولو كان الرهن عرضا من جنس ما سلم فيه قل أو أكثر أو جوداً أو رداً لم تجز المقاصة قبل الأجل لما يدخله من ضع وتعجل أو الزيادة لحط الضمان وان كان مثله عدداً وجودة فلا بأس به ولا بأس بذلك عند حلول الأجل وان كان الرهن عرضا من جنس رأس المال لم يجز أفضل جودة ولا عدداً ولا أقل جودة وعدداً وان حل الأجل وان كان مثله فلا بأس بذلك (فرع) وان كان رأس المال عرضا والرهن عرضا من غير جنسه فقد قال ابن ميسر يجوز ان يتقاصا بعد المعرفة بقيمة الرهن وهذا أصل متنازع فيه وهل يراعى في ذلك قيمة الرهن ان كان رأس المال عينا قال أحمد بن ميسر ان كانت قيمته أكثر من رأس مال السلم لم يجز ويجوز ان كانت مثله فأقل ووجه ذلك أن القيمة عين من جنس رأس مال السلم فيدخله التفاضل بينهما وقتاً أنكر هذا غيره من أصحابنا لانه ان كان الرهن باقيا فلا خلاف في جواز سلف عشرة دنائير فيه وان كانت عينه قد تلفت وزنته القيمة بعدت التهمة بل استحال

(فصل) وقوله ثم احلف الذي عليه الدين فيما فضل من الدين عن قيمة الرهن لان الذي بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن فاذا حلف سقط عنه ذلك وان نكل لم يمتنع ذلك مع قيمة الرهن لانه قد حلف المرتهن على اثبات ذلك لما لزمه اليمين في اثبات ما يقابل من دينه قيمة الرهن فأضيف اليها اليمين على ما ادعاه زيادة من الرهن على قيمة الرهن وجعلت يميناً واحدة لثلاث يكون عليه اليمين في حق واحد مع امكان افرادها وجعلها كنه لما لم يتقدم له ما يقوى دعواه في الزيادة لم يحكم له بها فان حلف الراهن أسقط عن نفسه هذه الزيادة فان نكل قوى نكوله ما تقدم من يمين المرتهن بها فحكم له بذلك وتقدمت يمين المرتهن بهذه الزيادة على نكول الراهن لما قدمناه والله أعلم

(فصل) وذكر في هذه المسئلة يمينين على المرتهن احدهما على الصفة والثانية على اثبات الدين فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين وذلك ان اليمين الأولى تجب عليه قبل أن تجب الثانية ولا يمكن النظر في أسباب الثانية الا بعد انفاذ اليمين الأولى لان الأولى تجب لاثبات الصفات ولا تجب الثانية

في القضاء في كراء الدابة والتعدي بها * قال بجي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يستكرى الدابة الى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم أن رب الدابة بخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته المكان الذي تعدي بها اليه أعطى ذلك ويقبض دابته وله الكراء الأول وان أحب (٢٦٤) رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذي تعدي منه المستكرى

وله الكراء الأول ان بعدلان قيمة الرهن ان كانت أقل مما أقر به الراهن فلامعنى ليمين المرتهن لانه لا يجتلب بها منفعة ولا يقضى له بيمينه ولا ينظر في القيمة التي هي سبب يمين المرتهن بقدر الدين الابعث ثبوت صفة الرهن بيمين المرتهن الذي هو العارم فاذا ثبتت الصفات يمينه قومت تلك الصفات فاذا ثبتت قيمتها وكانت أكثر مما أقر به الراهن استخلف المرتهن والله أعلم ويجعل أن يريد بذلك ذكر ما يتناوله اليمين من المعنيين المذكورين ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما بل له أن يجمعهما في يمين واحدة لكنه يمكن أن تقوم الصفة التي يقر بها المرتهن فاذا علم أنها أقل من الدين حلف المرتهن يميناً واحدة ينفي بها من قيمة الرهن ما زاد على ما أقر به الراهن وتقدمها لنكول الراهن فيما ادعاه المرتهن من الدين زيادة على قيمة الرهن وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندى والله أعلم

في القضاء في كراء الدابة والتعدي بها *

ص * قال بجي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يستكرى الدابة الى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم أن رب الدابة بخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته الى المكان الذي تعدي بها اليه أعطى ذلك ويقبض دابته وله الكراء الاول وان أحب رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذي تعدي منه المستكرى وله الكراء الاول ان كان استكرى الدابة البسدة فان كان استكرها ذاهبا وراجعا ثم تعدي حين بلغ البلد الذي استكرى اليه فامار بال الدابة نصف الكراء الأول وذلك ان الكراء نصفه في البداية ونصفه في الرجعة فتعدي المتعدي بالدابة ولم يجز عليه الا نصف الكراء الاول ولو أن الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذي استكرى اليه لم يكن على المستكرى ضمان ولم يكن للكبرى الا نصف الكراء قال وعلى ذلك أمر أهل التعدي واخلاف لما أخذوا الدابة عليه قال وكذلك أيضا من أخذ ما لا قراضا من صاحبه فقال له رب المال لا تشتري به حيوانا ولا سلعا كذا وكذا السلعة يسميها وينها عنها ويكره أن يضع ماله فيها فيشتري الذي أخذ المال الذي نهى عنه يريد بذلك أن يضمن المال ويذهب بريح صاحبه فاذا صنع ذلك فرب المال بالخيار ان أحب أن يدخل معه في السلعة على ما شرط بينهما من الربح ففعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذي أخذ المال وتعدي قال وكذلك أيضا الرجل يبيع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشتري له سلعة باسمها فيخالف فيشتري ببضاعته غير ما أمره به ويتعدي ذلك فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذها اشتري بماله أخذه وان أحب أن يكون المبيع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له * ش قوله فيمن يكرى الدابة الى مكان مسمى ثم يتعداه بالتقدم أمامه فان لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته الى الموضع الذي تعدي اليه مع الكراء الاول ويأخذ دابته وان أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذي تعدي منه المكترى وله الكراء الاول يريد انه لما تعدي بالدابة وزاد على المكان الذي اكترى اليه ثبت له حكم التعدي ولحقه الضمان وذلك على قسمين أحدهما أن يرد

وله الكراء الأول ان كان استكرى الدابة البسدة فان كان استكرها ذاهبا وراجعا ثم تعدي حين بلغ البلد الذي استكرى اليه فامار بال الدابة نصف الكراء الاول وذلك ان الكراء نصفه في البداية ونصفه في الرجعة فتعدي المتعدي بالدابة ولم يجز عليه الا نصف الكراء الاول ولو أن الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذي استكرى اليه لم يكن على المستكرى ضمان ولم يكن للكبرى الا نصف الكراء قال وعلى ذلك أمر أهل التعدي واخلاف لما أخذوا الدابة عليه قال وكذلك أيضا من أخذ ما لا قراضا من صاحبه فقال له رب المال لا تشتري به حيوانا ولا سلعا كذا وكذا السلعة يسميها وينها عنها ويكره أن يضع ماله فيها فيشتري الذي أخذ المال الذي نهى عنه يريد بذلك أن يضمن المال ويذهب بريح صاحبه فاذا صنع ذلك فرب المال بالخيار ان أحب أن يدخل

معه في السلعة على ما شرط بينهما من الربح ففعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذي أخذ المال وتعدي قال وكذلك أيضا الرجل يبيع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشتري له سلعة باسمها فيخالف فيشتري ببضاعته غير ما أمره به ويتعدي ذلك فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذها اشتري بماله أخذه وان أحب أن يكون المبيع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له

الدابة المكثري على حالها والثاني أن يردّها وقد تغيرت فإن ردها على حالها فلا يخلو أن يكون أمسكها في تعديدها أمسا كايديا أو كثيرا فان كان انما أمسكها يوما أو أياما يسيرة ففي الموازية عن ابن القاسم اليوم وشبهه قال وقاله مالك في البريد والبريدين وان كان اكثر اهابا بالأيام ثم أمسكها أياما زائدة على أيام الكراء فلا ضمان عليه وانما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الاول قاله مالك وأكثر أصحابه ووجه ذلك ان الدابة لم تؤثر فيها التعدي في عين ولا قيمة ولا فوات أسواق فلم يلزمه ضمانها وعليه قيمة كرائها في الأيام الزائدة روى ابن القاسم عن مالك في المدونة وغيرها (مسئلة) وأما ان حبسها الأيام الكثيرة قال في المدونة الشهر وقال في الواخضة مثل شهر ونحوه وقال أصبح في موضع آخر أياما كثيرة كحول وهذا هو الأصل فصاحبها مخير بين الكراء الاول وكراء ما تعدي بحبسها فيه وبين الكراء الاول ويضمنه قيمة دابته قاله ابن حبيب في الواخضة وقاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك انه قد غصبه منافع الدابة دون الرقبة ومن منافعها بيعها في أسواقها وقد فات ذلك فيها فعليه قيمتها لان ذلك بمنزلة بيعها (فرع) ومن قول مالك انه لو غصبه رقبتها وحبسها شهرا أو أشهر ثم ردها بعد ذلك ولم يتغير لم يكن لصاحب الدابة أن يلزمه قيمتها والفرق بين الموضعين انه لما غصبه رقبتها سقطت عنه منافعها الضمانه رقبتها فاذا لم يغصبه رقبتها واستخدمها جورا وظلما لزمه الكراء فجار كها فيه واستخدمها والله أعلم (فرع) وأما الذي يجب عليه من كرائها قال ابن القاسم في المدونة عليه كراؤها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول في هذا في شرح المدونة وقال غيره ان كان معه في مصر واحد يقدر على أخذها فكا أنه راض بذلك وان كان في غير مصره فهو مخير بين أن يردّها وكراء المدة الاولى وله في باقي الأيام الأكثر من حساب ذلك اليوم أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول على هذا في شرح المدونة وان شاء أخذ كراء ذلك اليوم وقيمتها يوم حبسها وجه قول ابن القاسم ان امسا كها لما كان بغير عقد كراء لزمه كراء المثل في مثل ما حبسها فيه كالتعدي باستخدامها من غير استئجار ووجه قول الغير انه اذا كان الكراء الاول قد نجا فيه فالثاني لا يلزمه فيه غبن لانه لم يلزمه وان كان الكراء الثاني باكثر من قيمته فالتعدي قدرضى به حين استدام العمل بعده بغير اذن ربه ونحو رواية ابن القاسم قال الشافعي في كراء المثل وقال أبو حنيفة لا كراء لصاحب الدابة والدليل على صحة ما نقوله انه قد غصب المنافع فكان عليه ضمانها كالأعيان

(فصل) وقوله فله الكراء الاول ان كان استكرى الدابة البدأة وان كان استكرها ذاهبا وراجعا ثم تعدي حين بلغ البلد الذي استكرى اليه الدابة من مصر الى برقة فلما بلغ برقة تعدي عليها فان صاحب الدابة له الكراء كله الى برقة ثم بعد ذلك الخيار في أخذ قيمة الدابة مع الكراء الى برقة ذاهبا وراجعا بعشرة دنانير نصفها البدأة ونصفها العوده ثم يكون الخيار فيما بعد ذلك على ما تقدم وانما جعل له النصف في البدأة والنصف في العوده بناء على أن قيمتهما سواء لتساويهما في المسافة وهو الغالب من أحوال المسافة ولو اختلفت قيمة الكراء عند الناس في البدأة أو العوده للزم التقويم والله أعلم (مسئلة) وان ردها وقد تغيرت فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيرا كثيرا أو هلكت فان تغيرت تغيرا شديدا ففي الواخضة عن مالك فحين رد الدابة ولم يمسكها الا أياما يسيرة فلا شيء لرب الدابة غير كرائها في تلك الأيام وهو مخير بين كرائها وبين قيمتها وكذلك لو عطلت في مدة التعدي والله أعلم وأحكم والتعدي يكون في حبسها بقدر من الكراء ويكون في أن يتعدي بها مكان الكراء ويكون

في أن يجعل عليها ما لم يشكر له فأما التعدي بنجاوز من الكراء فقد تقدم ذكره وأما التعدي بنجاوز مسافة الكراء فمثل أن يكثر دابة للركوب من مصر إلى برقة فيركبها إلى أفرقية فهذا حكمه في طول الامساك وقربه مثل ما تقدم في الزيادة على زمن الكراء أن ردها سالمة فقد روي ابن حبيب عن مالك أنه إذا لم يجاوز الأمد إلا باليسير الذي لا خيار لصاحبها فيه إذا سلمت فليس لصاحبها إلا كراء ما زاد ولو زاد كثيرا فيه الأيام التي تتغير في مثلها سوقها من ربهان ردها المتعدي سالمة على ما تقدم وأن عطبت في القليل أو الكثير فهو ضامن لها (فرع) ولو عدل عن طريقه الميلى فقد قال مالك هو ضامن وصاحب الدابة بالخيار بين قيمة الدابة وبين كرائها وكذلك قال محمد بن ابن القاسم عن مالك في زيادة الميلى والميلى قال محمد وقيل أنه ضامن ولو زاد خطوة وأما ما يعدل الناس إليه من الرحلة فلا يضمن فيه ووجه ذلك أن هذا العدول معتاد لأنه لا بد للناس من العدول عن الطريق للنزول لراحة وغذاء وغير ذلك فليس هذا العدول بتعد (فرع) ولو لم يعط البعير إلا بعد أن رجع إلى المسافة التي أكرت لها وخرج سالما عن مسافة التعدي فقد روي ابن حبيب عن أصبغ وابن الماجشون أنه إن كان لم يجاوز المسافة إلا باليسير مما لا خيار فيه لصاحبها مع السلامة فليس له إلا كراء الزيادة وأما إن زاد زيادة كثيرة أياما تتغير فيها أسواقها فهو ضامن لها كالموتات في مسافة الزيادة وقال ابن القاسم يضمنها وإن كانت الزيادة يسيرة وروي عن مالك قال ابن حبيب وهو عندنا غلط من الرواية لأنه روي عن مالك فممن تعدي فتسلف من ودعة عنده ثم ردها بماتسلفه ثم تلفت أنه لا يضمن فهذا مثله (مسألة) وأما له كراء مسافة التعدي على قيمة كراء ما تعدي وليس على قدر ما تكثرى قال مالك في المدونة ووجه ما قدمناه من أنه عمل بدابته بغير إذن ولا عقد بقدر أجره العمل فلزمه كراء مثله أصل ذلك إذا لم يتقدم بينهما عقد كراء (مسألة) وأما التعدي في الحل فعلى وجهين أحدهما الزيادة فيه من جنسه والثاني حل غير ذلك الجنس فأما الزيادة فيه من جنسه ففي المدونة فممن أكرت بغيرا ليحمل عليه عشرة أفقره فحمل عليه أحد عشر فقيرا فلا ضمان عليه في عطب البعير إذا كان القفيز يسيرا لا تعطب منه الدابة * وقال مالك فممن أكرت دابة ليحمل عليها أرطال مائة فيحمل أكثر منها فعطبت أن كانت الزيادة يعطب من مثلها فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أوقية الدابة يوم التعدي دون الكراء تغير في ذلك وإن كان يعطب من مثل تلك الزيادة فليس له إلا الكراء الأول وكراء ما تعدي فيه وقال سحنون إن زاد في الحل ولو رطلا واحدا ضمن (فرق) قال عبد الملك والفرق بين هذا وبين الزيادة في المسافة أن مجاوزة المسافة تعد كله فلذلك ضمنها في قليله وكثيره وزيادة الحل إذا اجتمع فيه تعدواذن فإن كانت الزيادة يعطب من مثلها ضمن واللم يضمن (فرع) فإذا قلنا إن له كراء الزيادة إن شاء ففي قول مالك له أجر مثل القفيز الزائد ما بلغ الآن يكون مثل قفيز من العشرة التي أكرت عليها يريد أنه ليس له القفيز الزائد من سعره ما أكرى منه العشرة الأفقره لجواز أن يكون أحدهما غيب صاحبه في عقد الكراء وأما له قيمة كراء مثله ما بلغت القيمة لأنه لم يتقدم فيه عقد ويحتمل أن يريد بذلك مراعاة أجره حله زائدا على حل الدابة لأنه أضرم من غيره والله أعلم وأحكم (مسألة) وأما إن حل غير الجنس الذي اتفق معه فلا يجاوز أن تكون مضرته كضرة ما تكثرى عليه أو أشد فإن كانت مثل مضرته فلا ضمان عليه وأصل ذلك أن الحل لا يتعين عند مالك إلا بجنس المضررة ولو أكرت رجل من حال على حل بعينه كان له أن يبطله بمثله مما مضرته مثل مضرته وليس له بدله بما هو أعظم ضررا

منه فالمرأى في ذلك ما يضغط بثقله جانبي الدابة ويضر بها والجفاء وعظم الحمل الذي يجفوع على الدابة ويضر بها من هذا الوجه فان كان اكترى على حمل وحمل ما هو أضر منه مما ذكرناه فعطبت الدابة فهو ضامن وان كان مثله في المضرة فقد قال مالك في المدونة فيمن اكترى بعير الحمل خمسة رطل بر الحمل عليه بوزنه ذهباً لضمان عليه ان لم يكن ذلك أضر بالعير * قال مالك وله ان يكرهه ممن يحمل عليه مثل ذلك وله ان يحمل عليه خلاف ماسمى فيحمل القطن بوزن ماسمى من البر ولا يحمل بوزنه ما هو أضر منه ووجه ذلك ما تقدم (مسئلة) وهذا كله في الاحمال وأما الركب فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوى أجسامهم فمنهم من يهرفق ومنهم من فيه عنف وقد قال مالك لا يعجبني أن يكرى الرجل دابة فيحمل عليها غيره فقد يكون الركب أخف من المكترى ولعله أخرق في الركوب قال ابن القاسم فان حمل عليها من هو في مثله في الثقل والحال والركوب لم يضمن ولم يكن مالك يقف على قوله هذا وقوله المعروف الذي ثبت عليه ان له أن يكرها من مثله في حاله وخفته فان حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون فهو ضامن والخلاف الذي أشار اليه انما هو عندى في ابتداء الكراء فقد استثقل مالك لمن اكترى دابة لركوبه أن يكرها من غيره إلا أن يموت أو يقيم فقد جوزه مالك أيضاً ولم يختلف قوله في الاحمال قال ابن حبيب ومعنى ذلك في الدابة معها صاحبها يتولى سوقها والحمل عليها والخط عنها فأما ان كان يسلمها الى المكترى فله منعه من الكراء من غيره لاختلاف سوق الناس ورفقهم وحياطتهم ونضييعهم لها (مسئلة) ولو أراد من اكترى شق محمل أن يعقب آخر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ليس للجهل منعه قال أصبغ أن أعقب راكباً صريحاً فذلك وان أعقب ماشياً فليس له ذلك لانه يكون أضر وأثقل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وكذلك من أخذ ما لاقراضاً فقال ان رب المال مخير بين أن يدخل معه في السلعة على ما شرط أو يكون له رأس ماله يضمه المتعدى وذلك انه لا يخلو أن يظهر على ذلك قبل أن يبيع ما اشترى أو بعده فان ظهر على ذلك قبل البيع فقد قال مالك في الواضحة يباع عليه ما منه عن ثمرته فان كان فيه فضل فهو على القراض وان كان نقصان ضمه وان شاء رب المال ضمه جميع الثمن وترك ذلك له وان شاء أمضى ذلك له على القراض فجعله في هذه المسئلة على هذه الرواية مخيراً بين ثلاثة أوجه أحدها أن يعجل بيع السلعة فيكون ربحها على القراض وخسارها على العامل المتعدى والوجه الثاني أن يعجل تضمينه أياها أو يأخذ منه المال الذي سلمه اليه والوجه الثالث أن يبقى ذلك على القراض وذكر في أصل الموطأ وجهين التضمين أو الابقاء على حكم القراض الذي كانا عقداً ويحتمل أن يكون الفرق بينهما انما هو في تعجيل البيع وانه كان له ذلك لما ظهر من تعدى العامل ولو اشترى ما أمر به لم يكن لرب المال عليه تعجيل بيعه

(فصل) وقوله ان رب المال مخير بين أن يدخل معه في السلعة على ما شرط بينهما من الربح يريد ان كانا شرطاً أن يكون بينهما الربح بنصفين فهو على ذلك وكذلك لو شرط الأقل لأحدهما والأكثر للآخر كالثلث والثلثين أو غير ذلك من الأجزاء فان أحب صاحب المال أن يقر السلعة على القراض فامّا يقرها على الأجزاء المتقدمة (مسئلة) وان لم يعلم بذلك حتى باع السلعة ففي الواضحة عن مالك ان المال على القراض فان بيعت بنقص ضمه يريد انه ان كان في ذلك ربح فهو على شرطهما في القراض وان كانت فيه وضعية ضمه العامل المتعدى لانها لما بيعت بمثل العين الذي

هو رأس مال القراض ظهر الربح فيه والوضيعة فلرب المال حصته من الربح لانه تمامه ماله وعلى العامل جميع الوضيعة لانها بسبب تعديه (مسئلة) ولونها عن العمل بالمال وهو عين بعد فعل به ففي كتاب محمد بن المواز وابن حبيب ان الربح للعامل والوضيعة عليه كالوديعة زاد ابن حبيب ما لم يقرانه اشترى السلعة باسم القراض فان أقر بها فالربح على شرط القراض ولا يخرج مالم يفوت بذلك غرضا فان فوت غرضا كان لصاحبه فيه

(فصل) وقوله وكذلك الرجل يبضع معه ليشتري سلعة مسماة فيشتري غيرها فان لصاحب البضاعة أن يأخذ ما اشترى بماله أو يضعه نياه ومعناه أن المبضع معه قد تعدى على البضاعة ومنع صاحبها غرضه منها وأراد أن ينفرد بالانتفاع به بدون صاحبه فلا يخلو أن يعلم بتعديه قبل بيع ما اشترى به أو بعد ذلك فان علم به قبل أن يبيعه فاته على ما قال يخبر رب البضاعة بين أن يأخذ السلعة التي ابتاع المبضع معه بمال وبين أن يضعه منها وان علم بذلك بعدما باع المبضع معه السلعة ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك أن الربح للمبضع معه لانه قد ضمن البضاعة قال عيسى أمرني ابن القاسم أن أضرب عليها وأوقفها والمشهور عن مالك انه ان كان في ثمنها ربح فهو لصاحب البضاعة وان كان نقص فعلى المبضع معه وجه الرواية الأولى انه أمره بشراء جنس مخصوص فاذا فات ذلك بشراؤه ما اشترى لنفسه فلم يوجد من المبضع معه الا الاستبداد بتلك المنفعة كالوديعة وهذا خالف العامل في القراض فان قصد رب المال الربح فلما خالفه العامل أراد الاستبداد بالربح فلم يكن له ذلك وكان لرب المال أن يشاركه فيه على حسب ما تقدم ووجه الرواية الثانية ان رب البضاعة قد أمره بتصرفها في وجه مخصوص فاذا تعدى على البضاعة وأراد الانفراد بالانتفاع بها لم يكن له ذلك كمال القراض وهذا يخالف الوديعة فان الوديعة لم يأمره بتصرفها له في معنى من المعاني وانما أمره بحفظها وهذا الغرض لا يفوته بتصرفها فيها اشترى به لنفسه فلذلك لم يكن لرب الوديعة أخذ ما اشترى بها والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان باع المبضع معه ما اشترى بالبضاعة ثم ردها الى مكانها واشترى بها ما أمره به فتلصق في المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك لضمان عليه اذا أقام البينة بردها وقال عيسى عن ابن القاسم ليس عليه بينة ومعنى ذلك أن يكون اشترى المبضع مع سلعة لنفسه بالبضاعة ما باعه في الموضع الذي أمره بالشراء فيه وعلى الوجه الذي أمر به فلم يفت الشراء فكان لهذه البضاعة حكم الوديعة وانما يتعلق الضمان به لانه تسلفها وصيرها في ضمانه فله ردها قبل فوات ما أمر به سقط عنه الضمان واختلف أصحابنا في حاجته الى البينة في رد ذلك الى حال الوديعة وقد بينت ذلك في الوديعة بما يغني عن اعادته وبالله التوفيق

القضاء في المستكرهة من النساء

ص مالك عن ابن شهاب ان عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه ش المستكرهة لا يخلو أن تكون حرة أو أمة فان كانت حرة فلها صداق مثلها على من استكرهها وعليه الحد وهذا قال الشافعي وهو مذهب الليث وروى عن علي بن أبي

القضاء في المستكرهة

من النساء

حدثني مالك عن ابن شهاب أن عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه

طالب رضي الله عنه وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحدودون الصادق والدليل على ما نقوله ان الحدود والصادق حقان أحدهما لله والثاني للخلق فجاز أن يجتمعا كالقطع في السرقة وردّها قال مالك وسواء كانت حرة مسلمة أو ذمية أو صغيرة افتضا (مسئلة) وأما ان افتضا بأصبعه ففي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم فبين افتض بكرة بأصبعه وهي صغيرة أو كبيرة أنها كالجائفة وفي ذلك ثلث ديتها وقال محمد وأحب ما فيه إلى أن ينظر إلى قدر ما نقصها ذلك عند الزواج مثل أن يكون مهر مثلها بكرامائة ومهر مثلها ثيبا خمسون فيؤدي ما نقص ذلك قال ابن حبيب عن أصبغ أنه جرح وليس بوطء (مسئلة) وان كان الذي افتضاها صبيا فافتض صغيرة بذكره أو أصبعه قال ابن المواز فيه في قولنا الاجتهاد بعد رأي الامام ورأي اهل المعرفة وقد حكم فيه عبد الملك بأربعين دينارا وجه ذلك أنه جرح في الوجهين لانه يشين ويذهب في المرأة وان لم يشن الجسد فلذلك صرف الأمر فيه إلى اجتهاد الامام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان النساء على ثلاثة أضرب كبيرة وصغيرة لا تميز وصغيرة تميز فأما الكبيرة فهذا حكمها ان كرهت وأما ان مكنت من نفسها فعليها الحد ولا شيء لالها أنها أباحت ذلك من نفسها وأما الصغيرة التي تميز ففي العتية من رواية سحنون عن أشهب في الصبية تمكّن من نفسها رجلا فيطوؤها فان كان مثلها يتخذ فعليا الصادق وان كان مثلها لا يتخذ فلا صداق لها وان لم تتخذ (مسئلة) وبماذا ثبت الا كراه ان أقامت بينته به فهو أقوى ما فيه وهذا ما لا خلاف فيه ولا يثبت هذا الابشادة أربعة شهادة انه زنا بها مكرهه فهذا الذي يلزمه الصادق لها ويجب عليه الحد بشهادتهم ولو شهد شاهدان قال ابن القاسم وأدون أربعة حدود بالقذف قال أصبغ لانهما قاطعا عليه بالوطء (مسئلة) فان لم يشهد عليه بذلك ولكنه شهد عليه شاهدان باقراره أو أنهم ماراياه أدخلها منزله غصبا فغاب عليها فقالت أصابني فقد قال سحنون عن ابن القاسم لها الصادق عليه مع يمينها ورواه ابن المواز عن مالك ولا حد عليها ولا على الشاهدين ووجه ذلك قوة الأمر بالبينة تشهد باحتماها مكرهه والمغيب عليها ثم ما بلغته من فضيحتها فقوى ذلك دعواها واستحقت بينتها صداقها والله أعلم (فرع) فان نظرت إليها النساء فألفينها بكرة ففي كتاب محمد قال أما أشهب فلم ير لها شيئا قال أصبغ وقد قيل لها ذلك ولا يقبل قول النساء في ذلك وجه قول أشهب ان شهادة النساء بالسكرانة تبطل ما ادّعت من اصابته اياها ووجه القول الثاني ان النساء فيما في أرحامهن مؤتمنات والحرث لا ينظر اليهن والله أعلم

(فصل) فان لم يشهدا لها بالا كراه ولا باحتماها والمغيب عليها ولكن جاءت متعلقة به وهي تدعى ان كانت بكرة أو لا تدعى ان كانت ثيبا وقد فضحت نفسها ففي كتاب ابن المواز عن عبد الملك وغيره لا تحدهى لمرمته به ولم يفصل وفي ذلك ثلاث مسائل احداها أن لا تدعى ويكون المقتوف صالحا فقد روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك عليها حد القذف قول واحد والثانية أن تكون تدعى فهذه فيهما روايتان روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك محمد وروى أصبغ عن مالك لا حد عليها والمسئلة الثالثة أن تدعى على رجل صالح فهذا لا حد عليه رواية واحدة رواها ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون فوجه صرف الحد عنها انها مضطرة إلى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها مخافة أن يظهر بها حمل ولا يسقط ذلك عنها الا بالتعلق به أو بعينه ان كان ممن يليق ذلك به فلما كانت مضطرة إلى صرف الرجم والجلد عن نفسها كانت كالرجل يقذف زوجته ويسقط عنه الحد لما كان مضطرا إلى ذلك لحاجة نسبه وكان ما يأتي به من اللعان يقوى دعواه ويصرف الحد عنه وكذلك ما تبلغه

المرأة من فضيحة نفسها يقوى دعواها ويصرف الخدع عنها ولها مع ذلك معنيان يقويان دعواها أحدهما التعلق به والثاني أن تكون دامية فإن اجتمع لها ذلك فقد أتت بأكثر مما يمكن أن تأتي به من جهتها في تقوية دعواها فإن قام ذلك مع صلاح المدعى عليه ثبت الخلاف المذكور عن مالك وأصحابه وجه اثبات الخدع عليها أن صلاحه المشهور يشهد له ولم يوجد من خلوه بها على وجه التعدي منه ما يشهد لها وكل موضع تشهد فيه الخلوة بالوطء فإنه لا تقوم مقامه الدعوى بخلو الزوج بالزوجة ووجه القول الثاني بنفي الخدع عنها ما يظهر بها من الدم الذي يدل على حدوث ما حل بها مع تعلقها به وهذه معان ظاهرة فيها تدعيه من الظلم لها مع أن هذا غاية ما يمكنها وضرورة صرفها إلى حد الزنا عنها أن يظهر بها حمل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي يجب أن يكون حكم الثيب التي لا تدعى لأنها محتاجة إلى مثل ذلك في صرف حد الزنا عنها بما تتوقعه من ظهور الحمل بها والله أعلم وأحكم (فرع) وإذا كان متهما فإنه يعاقب ولا تعدى إذا كانت بكر اتدعى سواء كان معها أو لم يكن بمحضرة ذلك أو بغير حضرته وجه ذلك أن ابتداءها بالتشكي مع ما يصدق من ظهور دما يقوى دعواها (مسألة) وليس عليها حد الزنا لأقرارها بجامعة الرجل لها ولو ظهر بها بعد ذلك حل لأن ما بلغت من فضيحة نفسها بالاستغانة والتشكي مما جنى عليها شبهة في إسقاط الخدع عنها في القذف فبأن يسقط عنها في حقوق الباري تعالى أولى (مسألة) وليس على المدعى عليه أن حلف حد الزنا لأن ذلك من حقوق الباري فلا يثبت الإيمنة وعليه أن كان متهما الأدب رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وكذلك أن لم يكن يعرف بسفوه ولا حلم قال ابن حبيب أن كان متهما أدب أدباً بوجعاً كانت تدعى أو لا تدعى قال عبد الملك وإن كان ممن لا يليق ذلك به فلا حد عليه ولا أدب ولا عقاب (مسألة) ولها صداق المثل عليه أن كان متهما أو لم يعرف حاله قاله ابن الماجشون وأشبه زاد ابن حبيب عن ابن الماجشون وإن كان ممن لا يليق ذلك به فلا صداق لها وقال ابن المواز عن ابن القاسم لا صداق لها وإن كان من أهل الدعارة إلا أن يشهد رجلان أنه احتملها وخالها فيكون لها الصداق إذا حلفت وجه القول الأول أن وجوب الصداق متعلق بدعواها مع ما بلغت من فضيحة نفسها وأما الخلوة بها فغير موجب لذلك لأنه لو خالها ولم تدع أصابة لم يجب عليه صداق وجه قول ابن القاسم أنه لم يثبت ما يقوى دعواها وإنما وجد منها مجرد الدعوى فلا تستحق بذلك صداقاً كما لو ادعت المرأة على الزوج الأصابة دون ثبوت الخلوة فلا يجب لها صداق ولو ادعت مع ثبوت الخلوة لوجب لها الصداق (مسألة) وهل يشترط يمينها في استحقاقها الصداق أصحاب مالك يقولون لا يجب لها الصداق إلا بيمينها وروى ابن حبيب وابن المواز عن مالك إذا أتت متعلقة به فلها الصداق بلا يمين سواء كانت بكر اتدعى أو ثيباً لا تدعى وجه القول الأول أن دعواها قويت بما تارة فلا تستحق بها شيئاً إلا بيمينها لأنه لم يثبت شيء من دعواها ووجه القول الثاني أن ما بلغت بنفسها لما أسقط عنها حد القذف وحد الزنا وأوجب لها الصداق كاليمين بما تارة

(فصل) وقوله أن كانت حرة فلها صداق مثلها وإن كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها تقدم الكلام في الحرية والكلام ههنا في الأمة وذلك أن من وطئ أمة غيره فإن أكرهها فلا خلاف في المذهب أن عليه ما نقصها بكر كانت أو ثيباً ويرد بالثمن في هذا الموضع القيمة وفي العتية من رواية أشهب عن مالك في الأمة الفارسة تتعلق برجل تدعى أنه غصبها نفسها قال الصداق عليه لما بلغت من فضيحة نفسها بغير يمين عليها كانت بكر أو ثيباً قال يريد في عدم ما نقصها في الحد وقد اختلف في الزامه نقص الأمة

وصداق الحرية بهذا (مسألة) فان طاعته الأمة فقد قال ابن القاسم في المدونة عليه ما نصها وقال
غيره لاشئ عليه وجه قول ابن القاسم ان الصداق حق للسيد فلا يسقط باباحة الأمة كما لو أباحت
له قطع يدها ووجه قول الغير انها محجور عليها فباباحتها الوطء سقط المهر كالبكر
(فصل) وقوله والعقوبة في ذلك على المعتصب ولا عقوبة على المعتصبة يريد على المعتصب ان ثبت
ذلك عليه ببينة أو باقرار المرأة على ما تقدم ولا عقوبة على المعتصبة لان المكروهة في الزنى لاحد عليها
وأما المكروهة على أن يزنى فقال مطرف وسحنون لا يحمل له ذلك وان هدد بالقتل فان فعل حمل
سحنون لانه لا ينتشر لذلك الابلدة وأما المرأة فلا حد عليها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه
والظاهر عندي خلاف هذا لانه قد يشتمى الانسان الخمر وأخذ مال غيره ويمتنع منه الله تعالى فاذا
أكره عليه لم يفعله لالتداه به وانما يفعله للكره ولا يملك الانسان أن لا ينتشر ولو ملكه وفعله
باختياره لكان بمنزلة تجرعه الخمر وغير ذلك مما يشتمى ويمتنع منه الله تعالى فاذا أكره عليه كان
له فعله ولم يوجب الحد التداذه به والله أعلم وقد يصح أن يستدل على ذلك بان ما يوجب القتل من
الافعال على وجه الاختيار يوجب مع الاكره كقتل المسلم ولا يلزمه على هذا الكفر لأنه ليس بفعل
وانما هو اخبار عما في نفسه فاذا كان قلبه مطمئنا باليمان فأكثر ما فيه انه كذب والله أعلم
(فصل) وقوله وان كان المعتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه يريد أن العبد ان
أكره حرة فصداق الحرية وما نقص الأمة بغرمه السيد ومعنى ذلك ان جنايته متعلقة برقبته لأن سيده
مخير بين ان يفتكه بالجناية بالغة ما بلغت أو يسلمه ولا شئ عليه غير ذلك فيكون ملكا لمن جنى عليه
وهذا اذا ثبت عليه ذلك ببينة * وقال مالك في كتاب ابن المواز وما لزمه من صداق الحرية ونقص الأمة
في رقبته ويقبل اقرار العبد فيه بغور ما فعل ذلك وهي متعلقة به تدمي فأما ما فعل ذلك وهي متعلقة
به تدمي بعد من فعله فلا يقبل قوله فيما يلحق برقبته * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك
عندي أن كل موضع تستحق فيه الحرية الصداق بجميعها فانها مستحقة في رقة العبد ولا تأثر لقول
العبد عندي وذلك ان اقرار العبد انما يقبل فيما يتعلق من الحد ودبجسده فأما ما يخرج عن ملك
سيده الى ملك غيره فلا يقبل فيه قوله (مسألة) وان كان الواطئ ذميا في كتاب ابن المواز
أكرهها قتل كنقض العهد في المحصنات المسلمات وقاله الليث قال ابن المواز وقد قتل أبو عبيدة
ذميا استكره مسامة وقد قال سحنون عن ابن القاسم في العتبية اذا اغتصب النصراني حرة مسامة
قتل وروى عن ابن وهب ان اغتصبها صلب وجه ذلك ان اغتصابه المسامة وتغلبه عليها نقض
للعهد وتعليق حق الله تعالى فوجب عليه القتل (فرع) وبما اذا ثبت اغتصابه قال سحنون عن
ابن القاسم بأربعة شهداء وقد كان يقول يثبت بشهادة رجلين ثم رجع الى هذا وبه قال سحنون
وجه اعتبار الاربعة ما احتج به سحنون من ان القتل لا يثبت الا بالوطء ولا يثبت الوطء الا باربعة
وجه القول الثاني أن الاعتبار بالاكره ولذلك لو لم يكن الاكره لم يجب القتل والاكره
يثبت بشهادة رجلين (مسألة) فان طاعته فقد قال مالك في الموازية تحدهي وينكل هو
والنكال في هذا مثل ضعفي الحد أو أكثر وقال ابن وهب يجلد جلد ايموت منه وان استكره أمة
مسامة قال ابن المواز لا يقتل لأنه لو قتلها لم أقتله وفيه اختلاف وهذا أحب الى لما جاء لا يقتل حرة بعد
وقال مالك وعليه في الأمة ما نصها في البكر والثيب وهذا كله فيما يجب عليه بحق الاسلام وأما ما يلزمه
من الحد في المدونة يررد الى أهل ذمته ووجه ذلك انه انما عقدت لهم الذمة لتنفذ بينهم أحكامهم

وشرائعهم والله أعلم وتقرر هذا في الحدود مستوعبا والله التوفيق لأرب غيرهم وهو حسبنا ونعم الوكيل

﴿ القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾

ص ﴿ قال يحيى وسعت مالكا يقول الأمر عندنا فمن استهلك شيئا من الحيوان بغير إذن صاحبه أن عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيئا من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة أعدل ذلك فيما بينهما في الحيوان والعروض ﴾ ش وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئا من الحيوان أن عليه قيمته وكذلك العروض وكذلك كل ماليس بمكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى قولنا معدود أن تستوى آحاد جلته في الصفة غالبا كالبيض والجوز كما تستوى حبوب القمح والشعير من المكيل وآحاد العنب الموزون وأما جلة الحيوان من الرقيق والخيل وإن استوى عددان آحاد جلتها لا تستوى بل تتباين ولذلك يجوز أن يشتري عددا من جلة البيض والجوز غير معين ويكون للبائع تعيينها دون خيار يثبت لواحد منهما بشرط ولا يجوز أن يكون له بالقسمة والتعيين غير ذلك العدد وأما الرقيق والثيران فلا يجوز أن يشتري منها عددا من الجلة إلا بالتعيين أو بشرط الخيار لواحد منهما أو بمعنى الجزء الشائع فيحصل للشري بالقسمة على القيمة ذلك العدد أو أقل أو أكثر ولا يعتدله في القسمة من جهة أعيانه وإنما يعتدله من جهة قيمته والمكيل والمعدود والموزون إنما يقسم بما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد يتعلق بعينه دون قيمته فعلى هذا كل ماليس بمكيل ولا موزون ولا معدود من استهلك شيئا منه فأنما عليه قيمته وقال أبو حنيفة والشافعي مثله وقد روى ذلك عن مالك والاول هو الصحيح المشهور عنه والدليل على ما نقوله ما احتج به بعض شيوخنا البغداديين وهو ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة عدل أن كان له مال ودليلنا من جهة المعنى أن القيمة أعدل لأنها تستوعب جميع صفاته ولا يكاد يجد مثل ما أتلف على جميع صفاته ودليلنا من جهة المعنى أيضا أن ما لا يجوز الجزأ في عدد مبيعته فإنه لا يجب بالتلاف المثل كالدور وقد احتج في ذلك من لم يمعن النظر بحديث حميد عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فارسا إحدى أمهات المؤمنين بقصة فيها طعام فضربت يدها التي هو في يدها فكسرت القصعة وقد كان احتج به على بعض من يتعلق بذلك من أهل بلدنا ثم رأيت غيرهم قد أدخله في تأليفه فحفت أن يكون قد ذهب عليه وجه تأويله فلذلك أوردته وأوردت بعض ما كنت جاوبت به عنه وذلك أن البيت الذي كان فيه صلى الله عليه وسلم بيته والظاهر أن ما فيه له لاسيما مما يستخدم ويستعمل وكذلك البيت الذي وردت منه الهدية فيحتمل أن تكون القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم لكنه أرسل القصعة الصحيحة إلى بيت التي أرسلت بقصعتها الصحيحة وأبقى المكسورة في بيت التي كسرتها تشعبا وتتفع بها بدلا من الصفحة التي أخذت منها ولوسلنا أن القصعتين المرأتين لم يكن في ذلك حجة إذا اتفق الجاني والمجني عليه على الرضا بها وإنما يجب ما قلناه من القصة إذا أيا ذلك وأباه أحدهما ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم رأى ذلك سدادا في الأمر فرضيته التي هو في بيتها وانتقل إلى الأخرى فرضيته وليس في الأمر ما يدل على أن أحدهما أثبت ذلك فحكم به فالحديث لا يتناول موضع الخلاف بوجه والله أعلم وأحكم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فاستهلاك الحيوان

﴿ القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فمن استهلك شيئا من الحيوان بغير إذن صاحبه أن عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيئا من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة أعدل ذلك فيما بينهما في الحيوان والعروض

والعروض على ضربين أحدهما أن يستهلك الجلالة والثاني أن يستهلك البعض واستهلاك الكل على قسمين أحدهما أن يتقدم على الاستهلاك غصباً ولا يتقدم عليه غصباً فإذا تقدم عليه غصب فإن الضمان يتعلق بالغصب دون الاستهلاك لأنه لو انفرد الغصب لضمن وقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة فبين غصب عبد المقات من وقته من غير سبب فإنه ضامن له بتعديده وقاله ابن القاسم فبين غصب دار فلم يسكنها حتى انهدمت أنه ضامن لقيمتها خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن ما لا يصح نقله كالأرضين والعقار فإنه لا يضمن بالغصب والدليل على ما نقله أن هذا معنى يضمن به ما ينقل ويحول فضمن به ما لا ينقل ولا يحول كالاتلاف والاستهلاك وقاله أشهب وإن هلك بأمر من الله سبحانه وتعالى وجه ذلك أن الغصب تعدي يضمن به الغاصب فعليه أن يرد ما غصب ويسلمه إلى صاحبه فإن لم يفعل وفاته ذلك فعليه بدله من مثل أو قيمة إن كان مما لا مثل له (مسئلة) ومن غصب أم ولد رجل فبانت عنده في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمتها على أنها أمة لا عتق فيها وقال سحنون في المجموعة لا يضمن ويضمن ولد أم الولد وجه القول الأول أنها محبوسة بالرق فضمنت بالغصب كالأمة ولأن ابنها له حكمها وقد جعلنا على أنه يضمن بالغصب فكذلك الأم ووجه قول سحنون أن أم الولد لا يصح بيعها بوجه ولا تسلم في جناية فلم يضمنها بالغصب كالخرة وفرق بين أم الولد وبين ولدها بأن أم الولد لا تسلم في الجناية ولا تستخدم وولدها يستخدم ويسلم في الجناية فالغاصب له قد حبس منافع فله ضمانه

(فصل) وإن أدرك المصوب منه ثمين ماله فلا يخلو أن لا يدخله تغييراً أو يدخله تغييراً فإن لم يدخله تغيير فليس له العين ماله ولا يؤثر في ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصان ولا طول مدة وإن كانت ستين كثيرة رواه في المجموعة ابن القاسم عن مالك وإن تغيرت الأسواق لا يؤثر في حيوان ولا غيره وجه ذلك أن حوالة الأسواق غير مؤثرة في عين ما غصبه الغاصب فلا يؤثر في ضمانه (مسئلة) ومن غصب شيئاً من ذلك في بلد فجدده صاحب به غير ذلك البلد في المجموعة من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك أن له أن يأخذ العبيد والدواب حيث وجدهم ليس له إلا ذلك وقال أشهب في الحيوان والعروض أن له أن يأخذ حيث وجدته أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه وسأى بيان ذلك أن شاء الله تعالى ووجه قول مالك أن هذا مما ينتقل غالباً بغير مؤنة على الناقل فلا مضرة في ذلك على الغاصب لأنه لم يمتون في نقله إلا ما كان يمتون في مقامه وكذلك صاحب له لا مضرة عليه في رده ولا مؤنة بخلاف العروض وجه قول أشهب أنه مغصوب نقل فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض (مسئلة) وأما البر والعروض فربه مخير بين أخذه بعينه أو قيمته حيث غصبه وقاله أشهب قال سحنون البر والرقيق سواء أئمه أخذه حيث وجدته ما لم يتغير في يديه وجه القول الأول أنه قد ينقصه نقله من بلد الغصب إلى غيره وذلك بفعل الغاصب فكان له مطالبته بالقيمة ووجه قول سحنون ما احتج به من أنه نقص لا تأثير له في البدن فلم يوجب الخيار للمصوب منه كحوالة الأسواق (فرع) فإن أخذه بغير بلاد الغصب فلا كراء عليه ولا نفقة ولا على الغاصب رده قاله أصبغ ولأشهب نحوه وقال المغيرة في المجموعة فبين تعدى على خشب رجل فحمله من عدن إلى جدة بمائة دينار فإن كان متعدياً فرب السلعة أن يكلفه رده إلى عدن أو يأخذ حيث وجدته ووجه ذلك أنه وجد عين ماله على صفته فلم يكن له الأخذه ولما نقله عن مكانه الغاصب كان عليه رده كما لو نقله إلى مكان قريب (مسئلة) وأما تغير البدن ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم في الأمة تتغير عند

الغاصب تغيرا يسيرا وكثيرا فان لصاحبها أن يأخذها أو يضمه قيمتها قال ابن القاسم وهو المجرى الجارية عند الغاصب فوت قال أشهب سواء كان مأصباها من المهرم كثيرا أو يسيرا مثل انكسار اليد من ونحوه فان لصاحبها أن يضمه القيمة ان شاء قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان مادخلها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل الغاصب وليس للغاصب الا أخذها بغير ارش أو يضمه قيمتها وليس له أخذها وما نقص لان الغاصب لم يضمن ما حدث بانفراده وانما يضمه بضمان الجلة وأما ان كان مانقص بفعل الغاصب فهل له أخذ الارش فيه خلاف قال ابن القاسم له ذلك وقال سحنون وابن المواز ليس له ذلك وانما له أخذها ناقصة بغير ارش أو اسلامها وأخذ قيمتها يوم الغصب وجه قول ابن القاسم انها جناية على ملك غيره كالمبتدأة ووجه القول الثاني انه مضمون بالغصب ولذلك لا يضمن بقيمته يوم الجناية وانما يضمن بقيمته يوم الغصب * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وقد وجدت لسحنون انه يضمن بقيمته يوم الجناية في العمد والله أعلم (مسئلة) ومن اغتصب وديامن النخل أو شجر اصغار اغرسها في أرضه فكبرت ففي كتاب ابن المواز عن مالك لربها أخذها وكذلك الحيوان أو الرقيق يكبر وقال سحنون انما يحكم بقطع النخل اذا كان مما يعلق ان قلعت وغرس وجه ذلك ان هذه زيادة في الرقيق فيقتضى انه ليس له غير حيوانه ورقيقه كالمسلمة وأما النخل والشجر فعندى ان الغاصب ان كان قلعها وقد علقته فان له أن يأخذ شجره أو يضمه القيمة لانه ليس على ثقة أن تعلق ان قلعها وغرسها وان كان انما أخذها مقلوعة فهو بمنزلة الحيوان لا خيار له وانما يجب له الخيار في موضع النقص وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن غصب خراغلها فليس لصاحبها الا أخذها وقال أشهب الا أن يكون صاحبها ذميا فله أن يأخذها أو يضمه قيمتها خرايوم الغصب وجه ذلك انه اذا كانت الخمر لمسلم فقد زادت بالتخلل ولم تنقص في حقه فلم يكن له الا عين ماله وان كانت الذمى فقد نقصت في حقه بالتخليل فلذلك كان له الخيار والله أعلم (مسئلة) واذا غاب الغاصب عن الجارية ولم يعلم انه وطئها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان صاحبها بالخيار بين أن يأخذها أو يضمه قيمتها قاله مالك وجميع أصحابه قال ابن حبيب ولسنا نقول ذلك في الرقيق المذكور ولا في الدواب ومعنى ذلك انه لا يؤمن على الغاصب أن يصيبها وذلك ينقص ثمنها وقال أصبغ وانما ذلك في الجارية الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان القيمة الواجبة في الغصب هي قيمة السلعة يوم الغصب سواء زادت بعد ذلك عند الغاصب أو نقصت قاله مالك وأصحابه وقد قاله ابن القاسم وأشهب في الموازية فيمن غصب جارية صغيرة تساوي مائة فلما كبرت وصارت قيمتها ألفا ماتت فانه يضمن قيمتها يوم الغصب قال أشهب فيمن جرح عبدا قيمته مائة دينار ثاثة وقيمته ألف فانه يضمن قيمته يوم الجرح وهذا اذا ماتت بغير فعل الغاصب فانها ان ماتت بسببه مثل أن يقتلها وقد زالت فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يضمن الا قيمتها يوم الغصب وقال سحنون في المجموعة القتل فعل ثان وقال ان له أخذها بالقيمة يوم القتل ثم رجع الى قول ابن القاسم وأشهب قال ابن القاسم وأشهب ولو باعها وهي تساوي ألفين بألف وخمسة لم يكن له الا قيمتها يوم الغصب (مسئلة) ولو فاق الغاصب عمدا أو خطأ عين الجارية أو قطع يدها فليس لربها الا قيمتها يوم الغصب أو يأخذها ولا شيء له وقاله ابن المواز قال ابن القاسم في الموازية والمجموعة وغير موضع له أن يأخذها وما نقصها قال الشيخ أبو محمد يرد يوم الجناية قال سحنون وهذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل ان عليه قيمتها يوم الغصب فيأخذها ومثل قيمتها أو أكثر فيأخذ في اليد مالا يأخذ في النفس وانما له

أخذها ناقصة فقط أوقيمتها يوم الغصب وقد تقدم في القتل لسحنون مثل قول ابن القاسم في قطع اليد ثم رجع عنه

(فصل) وأما نعر الاستهلاك والتعدي من الغصب فأما له القيمة يوم الاستهلاك وقد قال مالك في المجموعة فيمن تعدى فوطئ أمة رجل وقيمته مائة فحملت أو لم تحمل ثم قام صاحبها وقيمتهما خمسون فعليه قيمتها يوم الوطء وهي في ضمان من يومئذ وعليه في الغصب قيمتها يوم الغصب لا ينظر إلى ما بعد ذلك وجه ذلك أن الغصب معنى تضمن به فلا ينظر إلى ما حدث بعده وأما التعدي فلم يتقدم ما يوجب الضمان فكان ذلك أول حالي الضمان فكان الاعتبار به (مسئلة) وأما نعر استهلاك بعض العين أو أدخل عليها نقصا فلا يخلو أن يكون يسيرا أو كثيرا فإن كان يسيرا فإن لصاحبها أخذها وقيمة ما نقصت الجناية منها قال ابن المواز ولم يختلف في هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب كانت جنايته خطأ أو عمدا ويخالف ذلك لأنه أصيب فانه يلزمه الضمان بالفساد اليسير لتقدم الغصب الموجب للضمان وقد قال ابن المواز وأشهب عن ابن القاسم فيمن كسر قصعة أو قفحا أو شق ثوبا أو كسر سرجا فإن في النقص الكثير قيمته رضى اليسير ما نقصه قال أشهب بغير خياطة ورواه عن مالك وقال ابن القاسم بعد رفوه ومعنى ذلك عندي ما يليق بالثوب من خياطته أو رفوه وهذا عندي إذا كان اليسير لا يبطل المنفعة المتصودة من الحيوان فإذا بطلت المنفعة المقصودة منه لم الجاني جميع قيمته وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الذي يقطع ذنب فرس أو حمار فاره أو بغل مما يركب مثله ذو والهيات فإنه يضمن جميع قيمته لأنه أبطل الغرض فيه بخلاف العين والأذن وهذه المسئلة ذكرها القاضي أبو محمد وغيره من أصحابنا البغداديين وسوى بين الأذن والذنب في ذلك وهو الأظهر خلافا للشافعي وأبي حنيفة في قولهما إنما في ذلك ما بين القيمتين والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد أنه أ تلف بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين فلزمه ضمانها كما لو أ تلف جميعها (مسئلة) ومن تعدى على شاة فقل لبها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن كان عظم ما يراد إليه اللبن فعليه قيمتها إن شاء ر بها وإن لم تكن غزيرة اللبن فاعلم ما يضمن ما نقصها أو ما البقرة والناقة فاعلم ما يضمن ما نقصها وإن كانت غزيرة اللبن لأن فيها منافع غير اللبن وقاله أصبغ (مسئلة) ومن قطع يد عبده أو قفحا عنه قال أشهب في المجموعة والموازية أن عليه ما نقصه فجعل قطع اليد وفق العين في حين اليسير وقال وأما قطع اليد الواحدة في البهائم فيبطل جل منافعها أو جميعها أن عليه القيمة وأما في العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسر أ ينجبر فيه فإن عليه ما نقصها وقاله مالك وعمر بن عبد العزيز وأبو الزناد وروى في المجموعة أشهب عن ابن كنانة عن مالك في قطع يد العبد وفق العين أن ربه مخير بين أخذ ما نقصه أو يضمنه قيمته فجعله في حين الكثير وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع يد عبده فإن كان صانعا وعظم قدره لصنعه ضمنه وإن لم يكن صانعا فقيمة ما نقصه وإن كان تاجرا نبيلًا أو مافق العين ففيه ما نقصه وإن كان صانعا

(فصل) وأما إذا كان الفساد كثيرا فقد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة والموازية فيمن كسر قصعة أو سرجا أو قفحا أو شق ثوبا أن في النقص الكثير قيمته (مسئلة) ومن قطع يد عبداً أو رجليه أو قفحا عنه فقد قال أشهب في المجموعة والموازية يلزمه قيمته وقاله ابن كنانة عن مالك وكذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال أشهب في كتاب محمد الآن يرى أنه بعد العمى وقطع

اليدى لم يذهب أكثر منافعهم وروى أشهب عن ابن كنانة عن مالك فيمن قطع يد عبد عدا أو فقا عينه عدا خير ربه بين أخذ ما نقصه أو يضعه جميعه قال أشهب إذا أذهب قطع يده الواحدة أكثر منافع فليس لسيدته الأقيمته وإن لم يذهب أكثر منافع فربه مخير كما قال مالك فعلى هذا يتنوع الفساد عند مالك نوعين يسير يجب به ما نقص وليس له تضمينه وكثيراختلف قوله فيه فخره قال ليس له إلا القيمة وهو الذى روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع رجل يدي أو يديه أو فقا عينيه فقدرت قيمته كلها وليس لسيدته أن يختار ما ساء له يأخذ ما نقصه وكذلك غير العبد من عرض أو غيره ومرة قال هو مخير بين أخذه وما نقص أو أخذ قيمته قال ابن المواز والى هذا يرجع مالك في الفساد الكثير ويتنوع الفساد عن أشهب إلى ثلاثة أنواع أحدها يسير ليس إلا ما نقص والثاني أن ينقص الكثير ولا يذهب أكثر المنافع فهذا يكون صاحب السلعة مخيرا على ما ذكر وأما إذا أتلأ أكثر المنافع فليس لصاحبه إلا القيمة وقد قال أشهب في الثوب والعبد إذا كان له تضمينه القيمة بكثرة الفساد فليس له أن يأخذ به يأخذ ما نقصه وإنما له أخذه بجماله ولا شيء له غيره أو يلزمه قيمة جميعه وكذلك ذابح الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها الجماء يأخذ ما نقصها قال ابن المواز وهو أحب إلى لأنه لما لم يمتد القيمة لم يكن له أن يأخذ القيمة عن غير العين الذهب أو الورق وليس له أن يأخذ سلعته وبعض القيمة ولا يأخذ غير القيمة إلا بجماع منهما على أمر جائز الآن يرضى صاحب السلعة أن يأخذها ناقصة دون شيء فذلك له وأصح أشهب أنه كما ليس له أن يضعه في اليسير كذلك ليس له في الكثير أن يأخذ سلعته وما نقصه ص قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيئا من الطعام بغير إذن صاحبه فأنما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وإنما الطعام بمنزلة الذهب والفضة إنما يرد عن الذهب والذهب وعن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب في ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به ش وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئا من الطعام تعدى فإن عليه مثله في الكيل والصفة وهذا إذا كان معلوم الكيل وكذلك ما يوزن ويعد على ما قدمناه فإن كان غير معلوم القدر فال عليه قيمته لحوز صبرته ويكون عليه قيمتها لأنه لو دفع إليه مثل ما حوز فيها لم يأمن أن يدفع إليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل فيؤدى إلى التفاضل في الطعام (فرع) وهذا قبل الحكم عليه بالقيمة فأما إذا حكم عليه بالقيمة فقصر روى سحنون عن أشهب في العتية فيمن غصب صبرة فحق فأراد الغاصب أن يصالح منها على كيل من القمح فإن كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو صلح فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلا من القمح وأما قبل ذلك فلا بأس أن يقيم البيئة أنها عشر وزن أردب أو يأخذ ذلك إلا أن يصالحه من المكيل على ما لا شك فيه يربد لا شك أنه أقل من حقه قال وكذلك من غصب خلخالا فضة ويلزمه قيمتها من الذهب (مسألة) ومن خلط قمحا رجا بشعر لغيره ضمن لكل واحد منهما مثل طعامه قاله ابن القاسم وأشهب وجه ذلك أنه قد أتلأ عين طعام كل واحد منهما ومنعه الوصول إلى قبضه (فرع) فإن لم يكن للجاني مال يبيع الطعام المخلوط واشترى من ثمنه لكل واحد منهما مثل طعامه قاله أشهب قال فإن فضل شيء فللجاني وإن نقص شيء فعليه الأثر يشاء صاحب الطعام أن يترك ما طلب للجاني ويأخذ الطعام ويقتسمه بينهما وقد جوز ابن القاسم وأشهب واختلفا في صفة الاشتراك فيه فقال ابن القاسم يشتركان في الطعام المختلط أحدهما بقيمة قمحه والآخر بقيمة شعره وقال أشهب لا يجوز أن يشتركا فيه الأعلى السواء إن كانت مكيلة طعامهما سواء ولا يجوز على التفاضل فيه لأن ذلك

قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيئا من الطعام بغير إذن صاحبه فأنما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وإنما الطعام بمنزلة الذهب والفضة إنما يرد عن الذهب والذهب وعن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب في ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به

يؤدي الى التفاضل بين القمح والشعير وقال سحنون ليس لهما أن يتر كاه للغاصب ويأخذنا الطعام المختلط على التساوي ولا على القيمة (مسئلة) ولو خلط زيتا بسمن أو سمن بقر سمن غنم بضمن ماضع منه وما بقي ولو خلط نوعا واحدا كزيت زيت أو سمن بعسل أو زيت أو سمن بسمن ففناع بعضه ضمن ماضع وما بقي ولصاحبي ذلك أن يقتسماه بشطرين أو بدعاه وما كان من جنسين كالسمن والعسل فلهما أن يصطلا حافيه على الثلث والثلثين كان أحدهما باع ثلث سمنه بثلاثي عسل صاحبه قال ذلك أشهب وجه ذلك أن خلط النوع الواحد جنابة على من خلط ماله بمال غيره لاسيما أن التساوي المحقق في الاغلب غير موجود فلذلك لزمه الضمان فاذا كان مما لا يجوز بينهما التفاضل لم يجز أن يقتسماه عند أشهب الا على التساوي لأن التفاضل يحرم فيه وإن كانا مما يجوز فيه التفاضل كالعسل والسمن جاز أن يقتسماه على ما يتراضيان عليه لأن التفاضل فهما غير ممنوع والله أعلم وقد تقدم قول ابن القاسم وسحنون في مثل هذا (مسئلة) وهذا فيلا يمكن تمييز بعضه من بعض فأما ما يمكن فيه ذلك فقد قال أشهب فيمن خلط جوز رجل بحنطة آخراته لا يضمن لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح والجوز قال وكذلك خلط الجوز بالرمان والرمان بالاترج والتفاح الا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما فيضمن الذي يفسد بالخلط وإن كانا يفسدان بذلك ضمنهما ولو تلفا قبل الفساد قال ابن المواز كيف يضمنهما قبل أن يفسدا واخلط ليس بموجب للضمان وإنما يوجب الفساد (مسئلة) ومن غصب قححافط حنه قال ابن القاسم في المجموعة عليه مثله وقال أشهب في غيرهما يأخذ صاحب القمح دقيقه ولا شيء عليه في طحينه وأصل ابن القاسم في هذا مخالف لأصل أشهب وذلك أن ابن القاسم يقول إن الغاصب اذا صنع فيما غصب صناعة لم يكن للنصوب منه أن يأخذ ذلك الا بان يدفع الى الغاصب قيمة تلك الصناعة والاضمنه ما غصبه اياه فان كان ثوبا صبغه الغاصب كان لصاحبه أن يدفع اليه قيمة صبغه أو يضمنه قيمة ثوبه وإن كان ماله مثل فكذلك يدفع اليه قيمة صناعته أو يأخذ منه مثل ماله ولا يجوز ذلك في الحنطة لأنها حنطة ودرهم بدقيق ولا يجوز فيهما التفاضل وأشهب يقول ان ما يصنعه الغاصب في ذلك كله يبطل وللنصوب منه أن يأخذ الثوب ولا يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ الحنطة ولا يعطيه قيمة الطحن واتفقا في المجموعة على انه من غصب حنطة فطحنها سويا ولته فليس لربها أخذ ذلك فان لم يكن للغاصب مال يبيع السويق فاشترى من ثمنه مثل الحنطة فافضل فللغاصد وما نقص اتبع به قال أشهب وليس كذلك الثوب يصبغ والثوب يقطع والعمود يدخل في البنيان لأن اسم ذلك قائم بعد واسم القمح قد زال وانتقل الى اسم السويق قال سحنون كل ما غير حتى يصير له اسم غير اسمه فليس له أخذه وهو فوت وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان لرب الحنطة أن يأخذها اذا طحنها الغاصب سويا أو يضمنه مثلها ولا حجة للغاصب في الصنعة لما روى انه ليس لعرق ظالم حق واتفق أشهب وابن القاسم على أن من غصب ثوبا فجعله نظارة أو بطانة لجة أو جعله فلانس فان لرب به فتقمه وأخذه أو أخذ قيمته وذلك انه عند أشهب لم ينتقل عن اسمه وعند ابن القاسم ليس فيه غير صناعة يجب على صاحب الثوب قيمتها (مسئلة) ومن غصب عمودا أو خشبة فأدخلها في بنيان فان لصاحبها أن يأخذها وإن حرق البنيان قاله مالك وأشهب وابن القاسم ولو عمل الخشبة بالمال لم يكن له أن يأخذها * قال مالك لأنه لا يقدر أن يعيده الى ما كان عليه وعلى قول أشهب قد انتقل عن اسم الخشبة الى اسم الباب وليس له أخذ الباب دون غرم قيمة الصنعة ولا أن يأخذها ويدفع قيمة الصنعة لأنه قد حال الى غير ما كان عليه قال وكذلك

الحنطة تخد خبزاً والجلد خفافاً (مسئلة) ومن غصب فضة فصاعها حلياً أو ضربها دراهم أو غصب دراهم فصاعها حلياً أو غصب حلياً فسكره وصاغ منه حلياً آخر يخالفه أو نحاساً فصنع منه آنية أو حديداً فصنع منه سيوفاً أو آنية فقد قال أشهب وابن القاسم ليس لرب المال هذا أخذ ذلك وله مثل وزن فضته ونحاسه وحديدته ومثل دراهمه وقيمة الحلي قال أشهب وليس له أن يعطيه قيمة الصنعة لما في ذلك من التفاصل بين الفضة والفضتين ولا أن يذهب بصنعة باطلاً وليس كالحنطة يطحنها سوياً بل لأن التفاصل بين الحنطة والسويق وإن لم يلبث جائز وقد تقدم من قوله ومن قول ابن القاسم في السويق ما يجب أن يتفاضل وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن غصب فضة فصاعها حلياً إن لربها أخذها أو يضمه مثل فضته لأنه لاحق لعمل ظالم ووجه ذلك أنه يمكن ردها إلى ما كانت معه عليه كالجلد والحجر يدخل في البنيان وهذا يخالف صبغ الثوب وطحن القمح لأنه لا يمكن أن يعاد إلى ما كان عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) فإن كان المستهلك من أحدهما مجهول العدد لم يمت فيه القيمة أيضاً لأن اعتبار المثل مع الجهل بالوزن لا يكاد يسلم فيه من التفاصل بين الذهبين والورقين وذلك ممنوع باتفاق (مسئلة) ومن غصب كتنا مغزولاً أو منقوشاً فغزله ثم نسجه أو بافعله مثل الكتان فإن لم يوجد مثله فقيمه يوم استهلاكه رواه ابن المواز عن أشهب قال وقال ابن القاسم عليه قيمة الغزل وجه ذلك أنه عند أشهب قد انتقل إلى اسم آخر وعند ابن القاسم قد انتقل إلى جنس آخر يجوز التفاصل بينهما وبين ما غصبه مع النساء والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن وجد طعامه بغير بلاد الغصب ففي كتاب ابن المواز عن أشهب هو مخير بين أخذه وأخذ مثله في موضع الغصب وقال سعنون لا عرف قول أشهب هذا وإنما له أخذه بمثله في موضع الغصب وكذلك روى أصبغ عن أشهب في العتبية والموازية وقاله ابن القاسم في الطعام والادام وكل ما يوزن أو يكال قال أصبغ إن كان البلد البعيد فالقول ما قال ابن القاسم وإن كان قريباً كبعض الأرياف والقرى ويحمل على الظالم بعض الحمل وجه قول أشهب أن نقله إلى بلد آخر إما أن يكون زيادة لا غبن لها فذلك لا يمنع صاحب الحق من أخذه حقه وقد وجد به عينه أو يكون نقصاً في الصفة فقد رضى بها وجه قول ابن القاسم إن الحمل زيادة في الطعام ليس له أن يعطى عنها عوضاً لما يدخل ذلك من التفاصل بين الطعامين الذي وجب له بالنقل والذي نقل ولذلك يجبر صاحب الطعام فيهما ولا يجوز أيضاً المسامحة بقدر الحمل لأنه يؤدي إلى ذلك والله أعلم (مسئلة) فإذا قلنا أنه ليس له إلا القيمة وإذا اختارها صاحب الطعام على قول أشهب فلا يرفع الطعام المنقول إلى الغاصب حتى يتوثق منه قال أشهب يحال بين الغاصب وبين الطعام حتى يوفي المغصوب منه حقه وقال أصبغ يتوثق له بحقه قبل أن يخلى بينه وبينه وقاله ابن المواز (مسئلة) ولو ألتف عسلاً أو سمناً ببلد فلم يجد فيه مثله فقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم عليه أن يأتيه بمثله وله أن لا يأخذ قيمته إلا أن يصطلحاً على أمر يجوز وقال أشهب رب الطعام مخير إن شاء صبر وألزمه المثل يأتي به وإن شاء ألزمه القيمة الآن وقال ابن عبدوس اختلف في هذا كما اختلف في الفاكهة يسلم فيها فينقض إبانها وقد بقي بعضها فالصبر حتى يوثق بالطعام من هذا خير كالصبر حتى يأتي إبان الثمرة إلى قابل قال ابن القاسم يلزم الطالب التأخير فيهما وقال أشهب يرد إليه رأس ماله في السلم ولا يجوز التأخير وقال في الطعام يأخذ قيمة الطعام إن شاء وإن شاء أن يؤخر وهذا على أصله فسحق دين في دين وإنما ينظر فإن كان الموضع الذي يوجد فيه ذلك على يوم أو يومين أو ثلاثة أو الأمر انقرب فليس له إلا مثل طعامه يأتيه به وإن كان على الطالب في تأخير

ضرر أو كان استهلكه في الجحيم أو سافر بعيد فعليه قيمته حيث استهلكه يأخذه به حيث لقيه
 (فصل) وقوله وإنما الطعام بمنزلة الذهب والفضة يرد من الذهب والذهب ومن الفضة والفضة وذلك
 أن الذهب والورق لا يخلو أن أيضا أن يكونا معلومى القدر أو غير معلومى القدر فان كانا معلومى القدر
 فلا يخلو أن يكون غير مصوغ أو مصوغا فان كان غير مصوغ مثل أن يكون تبرأ أو مضر وباقان هذا
 فيه المثل يرد من الذهب ذهابا ومن الفضة فضة في مثل ذلك القدر والصفة لان التماثل فيها موجود غير
 معدوم وانما يعدل الى القيمة اذا عدم التماثل (مسألة) فان كان الذهب أو الفضة مصوغين فان عليه
 قيمته في مثل تلك الصياغة ان كان المستهلك ذهابا فقيمتها من الفضة وان كان فضة فقيمتها من الذهب
 رواء ابن القاسم عن مالك وجه ذلك ان الصياغة من جملة ما استهلك وعليه قيمتها والتماثل متعذر
 فيها لاسيما مراعاة جنس فضتها لان الدنانير والدرهم لا تضرب الا بعسدرتها الى التماثل في الجنس
 والتماثل في السكة غير معدوم وأما الصائغ فلا يمتد في وجود ما يصوغه شيأ بل يتفاوت جودة ما يصاغ
 من ذلك ولا يكاد يوجد فيها التماثل وكذلك جنس ما يصاغ منه يبعده في التماثل فلذلك لم يمت فيه القيمة
 (مسألة) ومن تعدى على سوار بن لغيره فهدم ما فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازاة عليه قيمة
 الصياغة من ذهب أو فضة وليس كالفساد الفاحش في العروض لانه أئلف الصنعة وقال أشهب عليه
 أن يصوغهم ماله وقد قال مالك فيها وفي الجدار يهدمه فان لم يقدر أن يصوغهم مافعليه ما نقص من
 قيمتها مصوغين ومكسورين ولا أبالي قوما بذهب أو فضة وقال ابن المواز عليه قيمة ما نقصتهما الصنعة
 وجه قول ابن القاسم أنه على الذهب وانما تعدى على الصياغة فكان عليه قيمتها لانها مما لا مثل له وجه
 قول أشهب عليه أن يصوغهم ماله لان الصياغة عنده مما لا مثل له ولذلك قال فحين استهلكهم مالا أزمه
 مثلهم مالا لا آمن أن يكون في ذلك أكثر من ذهبه أو أقل وفي الكثير انما يصوغ ذهبها بنفسه وهذا
 الذي قال غير متخلص لانه يلزمه أن يأتي بذهب مثله ويصوغ مثل تلك الصناعة ووجه قول ابن المواز
 عليه ما نقصتهما الصياغة انه نقص طرأ على الخلق لا يتصور انفراد دونه وهو مما لا مثل له فكان عليه
 ما نقص كما لو جنى على ثوب بتخريقه ص قال يحيى وسهعت مال كيقول اذا استودع الرجل
 مالا فابتاع به لنفسه ورجع فيه فان ذلك الرجح له لانه ضامن للمال حتى يؤديه الى صاحبه ش وهذا
 على حسب ما قال ان من تجر بمال استودعه فرجع فيه فان الرجح له وقد اختلف قول مالك في جواز
 السلف من الوديعة بغير اذن المودع فحكى القاضي أبو محمد في معونه ان ذلك مكروه وقدرى
 أشهب عن مالك في العتبية انه قال ترك ذلك أحب الى وقد أجاز به بعض الناس فراجع في ذلك
 فقال ان كان له مال فيه وفاء وأشهد فارجو أن لا بأس به ووجه الكراهية ما احتج به القاضي أبو
 محمد لان صاحبها انما دفعها اليه ليحفظها لا لينتفع بها ولا ليصرفها فليس له أن يخرجها عما قبضها
 عليه وفي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك من استودع مالا أو بعث به معه فلا يرى أن يتجر به
 ولا أن يسلفه أحد ولا يحركه عن حاله لاني أخاف أن يفلس أو يموت فيتلف المال ويضيع أمانته
 ووجه الرواية الثانية انا اذا قلنا ان الدنانير والدرهم لا تتعين فانه لا مضرة في انتفاع المودع بها
 اذا رد مثلها وقد كان له أن يرد مثلها ويقتسك بها مع بقاء أعيانها (مسألة) وهذا فيما لا يتعين
 فاما ما يتعين فعلى ضربين ماله مثل كالمكيل والموزون والمعدود ومالا مثل كالحیوان والعروض
 فاما ماله مثل فلا يظهر عندى المنع منه ويحيى على قول القاضي أبي محمد انه يرى بدمثله اباحة ذلك
 وسيجي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما مالا مثل له فلا شبهة في المنع منه وبالله التوفيق (فرع)

قال يحيى وسهعت مالكا
 يقول اذا استودع الرجل
 مالا فابتاع به لنفسه ورجع
 فيه فان ذلك الرجح له لانه
 ضامن للمال حتى يؤديه
 الى صاحبه

وان تلفت الوديعة بعد ماتسلف منها في كتاب ابن المواز لا يضمن الامتسلف وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان استودعها مصرورة فخل صرارها ثم تسلف منها شيئاً ضمن جميعها تلفت بعد ان رد فيها ماتسلف أو قبله وكذلك لو حلها ولم يتسلف منها ولو أودعها منشورة لم يضمن غير ماتسلف منها (مسئلة) ومن استسلف شيئاً من ذلك ورده فقد قال يحيى بن عمر اخلف قول مالك في الذي ينفق من وديعة عنده ثم يرد ما أنفق فقال لاشئ عليه وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ وقال ابن حبيب سواء كانت منشورة أو مصرورة وقال مالك أيضاً لا يبرأ وان رده لانه دين ثبت في ذمته وهذا أخذ المدينون من أصحاب مالك ورواه المصريون ولم يأخذوا به وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا استودعها مصرورة فخل صرارها ثم تلف منها شيئاً بعد الرد ضمنه وان استودعها منشورة ثم رد ماتسلفه لم يضمنه وحكى القاضي أبو محمد عن مالك القول الأول من هذه الأقوال وحكى ابن الماجشون انه يلزمه الضمان على الاطلاق واحتج لقول مالك بان الذي أوجب عليه الضمان تعديده بالأخذ فاذا رد ما أخذ فقد زال التعدي وسقط عنه الضمان قال ولانه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء وجه قول عبد الملك انه قد خرج عن الأمانة بأخذها على وجه التعدي فرداها لا يزال عنه الضمان كما لو جعدها ثم اعترف بها (فرع) اذا قلنا انه سقط عنه الضمان بالرد فان ذلك فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال ووزن وأما ما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه الضمان حكى ذلك القاضي أبو محمد وهو معنى ما قال في المدونة انه ان رد مثل الثياب في الصفة والطول والعرض لم يبرئه ذلك عند ابن القاسم لان من استهلك للرجل ثوباً ففقد لزمته قيمته ولم يكن له أن يخرج مكانها ثوباً (فرع) فاذا قلنا يبرأ برد المثل فيما له مثل فان أقام البينة برد المثل برئ وان ادعى ذلك من غير بينة فقد قال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان احدهما يقبل لان ذلك موكول الى أمانته كادعائه التلف والثانية لا يقبل لان ماتسلف قد تعلق بذمته فلا يبرأ منه الا ببينة أو اقرار كسائر الديون ويحتمل أن يكون القاضي أبو محمد أشار الى ما روى عيسى عن ابن القاسم في المدنية انه لا يبرئه عليه وقال مالك ان رده ببينة برئ والاميرأ منه وبه أخذ ابن وهب ورواه محمد بن يحيى عن مالك وفي كتاب ابن المواز ان تسلفها ببينة لم يقبل قوله الا ببينة وان تسلفها بغير بينة فالقول قوله (مسئلة) فاذا قلنا يقبل قوله في المدونة القول قوله في رد ذلك ولم يذكر يميناً وقال في كتاب ابن المواز هو مصدق مع يمينه وقاله أشهب في كتابه قاله في المدونة لانه لو قال تلفت ولم آخذ منها شيئاً لصدق وجه الرواية بنفي اليمين وهو ظاهر ما في المدونة انها يمين تهمة فلا يلزم المؤتمن ووجه الرواية الثانية ان الحق قد تعلق في ذمته فلا يصدق في براءته منه بمجرد دعواه (مسئلة) وهذا اذا تسلف منها بغير اذن صاحبها وأما من أودع وديعة فقبل له تسلف منها ان شئت فتسلف منها وقال رددها فقد قال ابن شعبان لا يبرئه ردها الا الى ربها وجه ذلك انه اذا قال ذلك رب المال صار هو التسلف فلا يبرأ المتسلف الا برد ذلك اليه وعندى انه يبرأ بردها الى الوديعة لانه على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها فاذا ردها الى ما كانت عليه برئ من الضمان والله أعلم

(فصل) وقولنا انه ان ابتاع به لنفسه فرج فالرجح له لانه ضامن له يريد ان كان المال عينا وذلك ان الوديعة لا يخلو أن تكون عيناً أو غير عين فان كانت عينا فذهب مالك ان ما ابتاع به له وان الرجح في ذلك له والخسارة عليه وهذا عندى مبنى على أن الدنانير والدرهم لا تتعين بالغصب ولذلك قال

﴿ القضاء فيمن ارتد عن
الاسلام ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما ترى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لأنه لا تعرف نوبتهم وانهم كانوا يسرون الكفرو يعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوهم الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما ترى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذي عني به والله أعلم

والله أعلم

انه لو كانت الوديعة طعاما فباعه بفن فان صاحبه خبير بين امضاء البيع وأخذ الفن أو تضمينه مثل طعامه ووجه ذلك ان هذا مما يتعين بالصفة ويتعلق بذلك معنى آخر وهو ان المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم لانه انما أمره بحفظها ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى بها سلعة لنفسه فان صاحب البضاعة خبير بين أن يضمه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشتري بها ووجه ذلك انه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستبدل بها فلم يكن ذلك له (مسئلة) وابتاعه لنفسه انما يؤثر في العقود التي من شرطها التناجز في المجلس في كتاب ابن المواز لو كانت الوديعة دراهم فصرفها بدنانير أو دنانير فصرفها بدراهم لنفسه فليس ربه الا ما كان له وليس له أن يأخذ ما صرفها به الا أن يرضى المودع فان صرفها له بالاحل له أن يأخذ ما صرفها به وان رضى بذلك ولكن يصرف هذه ان كانت دراهم بمثل دنانيرها ما كان من فضل فلها وما كان من نقص ضمنه المتعدي بخلاف التعدي في العروض التي يكون ربه فيها غير التعدي عليه ووجه ذلك انه اذا صرف الدراهم لنفسه صح الصرف فيها واذا صرفها لصاحبها كان بالخيار فنع ذلك صحة الصرف فان فات بانكار من صارفه أو من غير لم يجعل لصاحب الدراهم أخذ عوضها من الذهب لان ذلك امضاء منه لصرف الخيار وهذا مذهب مالك في أن ربح الوديعة للمودع وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن وربيعة وقال أبو حنيفة يتصدق بالربح ولا شيء منه للمودع وللأودع وقال الشافعي ان اشترى بذلك المال بعينه فالربح لصاحبه وان اشترى بمال غير معين فقصي من الوديعة فالربح للمودع ووجه ذلك قول مالك انه اغتصب عددا ما فلم يكن عليه غيره كمالواشترى به ثوبا يساوى أكثر من ثمنه فلبسه أو وهبه

(فصل) وقوله لانه ضامن للمال حتى يوفيه الى صاحبه يريد على أصل مالك أو الى من يقوم مقامه في القبض له لانه اذا رده الى الوديعة فقد رده الى صاحبه لان يد المودع تنوب عن يد صاحبه فاذا نوى رده ووجد منه من العمل ما يتم به ذلك فقد رده الى صاحبه وهذا على مذهب مالك وأما على مذهب ابن الماجشون في المصر وفي لا يبدأ الا برده الى صاحبه في رواية ابن حبيب عنه أو على رواية القاضي أبي محمد عنه في اطلاق ذلك والأمر أبين والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن ارتد عن الاسلام ﴾

ص * يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما ترى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف نوبتهم وانهم كانوا يسرون الكفرو يعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوهم الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما ترى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذي عني به والله أعلم

صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يعني بعد الاستتابة فان تاب ترك فحمل ذلك على المرتد المظهر لارتداده وذلك ان من انتقل الى غير دين الاسلام لا يخلو أن يسركفره أو يظهره فان أسره فهو زنديق قال ابن القاسم في العتبية من رواية عيسى من أسر من الكفر ديناً خلاف ما بعث الله به محمداً صلى الله عليه وسلم من يهودية أو نصرانية أو مجوسية أو منانية أو غيرها من صنوف الكفر أو عبادة شمس أو قمر أو نجوم ثم اطلع عليه فليقتل ولا تقبل توبته قال ابن المواز ومن أظهر كفره من زندقته أو كفر رسول الله صلى الله عليه وسلم أو غير ذلك ثم تاب قبلت توبته وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه يقتل الزنديق ولا يستتاب اذا ظهر عليه قال سحنون ان تاب لم تقبل توبته وهذا أحد قولى أبي حنيفة وله قول آخر تقبل توبته وبه قال الشافعى والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرت بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا قال جماعة من أهل العلم البأس هنا السيف ودليلنا من جهة السنة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من بدل دينه فاقتلوه واحتج مالك لذلك بأن توبته لا تعرف وقال سحنون لما كان الزنديق يقتل على ما أسلم لم تقبل توبته لان ما يظهر لا يدل على ما يسر لانه كذلك كان فلا علامة لنا على توبته والمرئى يقتل على ما أظهر فاذا أظهر توبته أبطل به ما أظهر من الكفر قال وأجمع العلماء على أن من جاهر بالفساد والسفاهة قبلت توبته وصار الى العدالة ومن شهد بالعدالة وشهد بالزور لم تقبل شهادته وان أظهر الرجوع عما ثبت عليه (مسئلة) واذا أقر الزنديق بكفره قبل أن يظهر عليه فهل تقبل توبته أم لا قال أصبغ في العتبية عسى أن تقبل توبته وحكى القاضي أبو الحسن ذلك (مسئلة) ومن تزندق من أهل الذمة ففي كتاب ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ لا يقتل لانه خرج من كفر الى كفر وقال ابن الماجشون يقتل لانه دين لا يقرب عليه أحد ولا يؤخذ عليه جزية قال ابن حبيب لأعلم من قاله غيره ويحتمل أن يريد بالزندقه هنا الخروج الى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية ويحتمل أن يريد الاستسرار بما خرج اليه والاظهار لما خرج عنه والأول أظهر (فرع) واذا أسلم اليهودى الذى تزندق فقد روى أبو زيد الأندلسى عن ابن الماجشون انه يقتل كالمسلم يتزندق ثم يتوب

(فصل) وقول مالك وأما من خرج من الاسلام الى غيره فأظهر غير ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وبه قال عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وعثمان بن عفان وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وروى سحنون عن عبد العزيز بن أبي سلمة انه قال لا بد أن يقتل وان تاب والدليل على ما نقوله قول الله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ان الله غفور رحيم وقوله تعالى وهو الذى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ويعلم ما يفعلون ومن جهة المعنى انها معصية لم يتعلق بها أحد ولا حق لمخلوق كسائر المعاصى (مسئلة) ولا عقوبة على المرتد اذا تاب رواه في العتبية وفي الموازية أشهب عن مالك والدليل على ذلك قوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ومن جهة المعنى ان هذا منتقل من كفر الى ايمان فلم يجب عليه عقوبة بما تقدم من الكفر كالنصرانى يسلم (مسئلة) ويستتاب ثلاثة أيام فان تاب فيها والا قتل وهو أحد قولى الشافعى وله قول ثان يستتاب فى الحال فان تاب والا قتل وقدرناه القاضى أبو الحسن عن مالك وروى عن أبي حنيفة يستتاب ثلاث مرات فى ثلاثة أيام أو ثلاث جمع ودليلنا من جهة المعنى ان كل

من قبلت نوبته عرضت عليه كسائر الكفار (مسئلة) وليس في استتابة المرتد تخويف ولا تعطيش في قول مالك وقال أصبغ يخوف في الثلاثة الأيام بالقتل ويذكر الاسلام ويعرض عليه ووجه قول مالك ان هذا كراه بنوع من العذاب فلم يؤخذ به في مدة الاستتابة كالضرب وقطع الأعضاء (مسئلة) والعبد في ذلك بمنزلة الحر والمرأة كالرجل قاله مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا تقتل المرتدة والدليل على ما نقله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من بدل دينه فاقتلوه وهذا عام ومن جهة القياس انه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل (مسئلة) وسواء كان المرتد يمن ولد على الاسلام أو لم يولد عليه قال مالك هم سواء يستتابون كلهم فان تابوا واقتلوا رواه ابن القاسم عنه في الموازية وغيرها وجه ذلك انه خارج عن دين الاسلام الى غيره فكان حكمه ما تقدم كالذي بدله وهو على الاسلام (مسئلة) ومن كان اسلامه عن ضيق أو غم أو خوف ثم ارتد فقد قال مالك وابن القاسم له في ذلك عذر وقال أشهب لا عذر له وان علم أن ذلك عن ضيق وقال أصبغ قول مالك أحب الى الآن يقيم على الاسلام بعد ذهاب الخوف فهذا يقبل وأنكر ابن حبيب قول ابن القاسم قال سواء كان ذلك عن ضيق أو غيره ويقتل ان رجع قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك وجه الرواية الأولى ان فعل المكروه لا حكم له وهذا لما دخل في الاسلام كرهالم يثبت له حكمه ووجه الرواية الثانية قول الرب تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى غفور رحيم فأمر بقتلهم وان دخلوا الاسلام على ذلك ثبت لهم حكمه (مسئلة) فاذا قلنا لا يقتل على الردة من أسلم عن ضيق خراج أو جزية أو مخافة فقد قال أصبغ يؤمر بالرجوع الى الاسلام ويحبس ويضرب فان رجع والترك وجه ذلك اننا لانعلم قطعاً انه لم يرد الاسلام فلذلك ندعو اليه ونشد عليه في مراجعته ولا يبلغ القتل لما ثبت من ظاهر أمره والله أعلم وأحكم ص مالك عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه أنه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبي موسى الأشعري فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فافعلتم به قال قربناه فضر بنا عنقه فقال عمر أفلأ حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ثم قال عمر اللهم اني لم أحضر ولم آمل ولم أرض اذ بلغني ش قوله أن رجلاً قدم على عمر من قبل أبي موسى فسأله عن الناس فأخبره على حسب ما يلزم الامام من السؤال عن غاب عنه من رعيته ليعرف أحوالهم ويسأل عن ذلك الوارد والمصدر حتى لا يخفى عليه شيء من أحوال الناس لانه اذا خفيت عليه أحوالهم لم يمكنه تلافى ما ضاع منها

(فصل) وقوله ثم قال له هل فيكم من مغربة خبر سألته أولاً عن المعهود من أحوال الناس وما يعمهم ثم سألته عما عسى أن يطرأ من الأمور التي تستغرب وليست بمعتادة فأخبره أن رجلاً كفر بعد اسلامه وهذا يقتضي انه كان نادراً عندهم مما يستغرب ولا يكاد يسمع به ولذلك حكم فيه أبو موسى بحكم مخالف لما يراه عمر بن الخطاب ولو كان أمراً يكثر ويتكرر لكان عند أبي موسى وغيره من الأمراء ما يعتقدونه في ذلك عمر لانه يظهر موافقة أصحابه في شيع ذلك أو يظهر مخالفة من أخطأ في شيع ذلك

(فصل) وقوله فافعلتم به بحث عن حكمهم فيه وتعريف له ليأمر باستدامة الصواب والاقلاع عن الخطأ فقال قدمناه فضر بنا عنقه ولم يذكر استتابة ولا غيرها وقد كان يحتمل أن يقتل بعد الاستتابة

* وحدثني مالك عن
عبد الرحمن بن محمد بن
عبد الله بن عبد القاري
عن أبيه أنه قال قدم على
عمر بن الخطاب رجل من
قبل أبي موسى الأشعري
فسأله عن الناس فأخبره
ثم قال له عمر هل كان
فيكم من مغربة خبر فقال
نعم رجل كفر بعد اسلامه
قال فافعلتم به قال قربناه
فضر بنا عنقه فقال عمر
أفلأ حبستموه ثلاثاً
وأطعمتموه كل يوم رغيفاً
واستتبتموه لعله يتوب
ويراجع أمر الله ثم قال
عمر اللهم اني لم أحضر ولم
آمل ولم أرض اذ بلغني

وابايتيه من المراجعة لكن عمر رضى الله عنه فهم منه ترك الاستتابة والمسارة الى قتله بنفس كفرة
وقد احمى أصحابنا على وجوب استتابة بقول عمر هذا وألا يخالفه وهذا لا يصح إلا بأحد وجهين
أما أن يحمل فعل أبي موسى على أنه قتل بعد الاستتابة ولعل الناقل لم يعلم بها وان ثبت بعد ذلك رجوع
أبي موسى وغيره ممن وافقه على خلاف قول عمر رضى الله عنه والأفأبوموسى ومن وافقه على ذلك
يمنع انعقاد الاجماع على قول عمر

(فصل) وقوله أفلا حبستموه ثلاثا وأطعتموه كل يوم رغيفا يحتمل أن يأخذ الثلاث من قول
الله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكثوب ولأن الثلاث قد جعلت أصلا في الشرع
في اعتبار معان واختيارها في المصرة وفي استظهار المستحاضة وعهدة الرقيق وغير ذلك من المعاني
وأطعمه الرغيف كل يوم معناه أن لا يوسع عليه من الانفاق توسعة يكون فيها احسان اليه وانما
يعطى ما يبق به رقه على وجه لا يستضر به ولا يكون منه تعذيب له وقد روى في المدينة عن ابن
القاسم أنه قال ليس العمل على قول عمر في أن يطعم المرتد كل يوم رغيفا ولكن يطعم ما يكفي
ويقوته ولا يجوع وانما يطعم من ماله قال ابن مزين يعني في غير توسع ولا تفكك قال مالك في الموازية
يقوت من الطعام بما لا يضره والله أعلم وانما أراد ابن القاسم بقوله ليس العمل على قول عمر يطعم
كل يوم رغيفا بمعنى أن لا يجعل ذلك حدا ولم يرد عمر أن يجعله حدا وانما أشار الى قلة مؤنته ويسارة
ورائته في ماله ان كان له مال أو بيت مال المسلمين ان لم يكن له مال

(فصل) وقوله واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله تعالى يريد به الرجوع الى الاسلام لانه
الذى أمر الله به وهذا يدل على أنه من خرج من كفر الى كفر لا يستتاب ولا يعرض له وقد قال مالك
ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يريد الدين الذي رضى الله ودعا اليه وأما من
خرج من ملة الكفر الى غيره فلم يغير بذلك دينه الذي شرع له قال مالك سواء خرج الى دين
مجوس أو كتاب

(فصل) وقوله اللهم انى لم أحضر ولم أمر ولم أرض اذ بلغنى تبرؤ من الأمر ونصرى بخطف فاعله ولا
يكون ذلك إلا بنص من النبي صلى الله عليه وسلم أو اجماع بعده وقد قال سحنون ان أبا بكر استتاب
أهل الردة وقد روى عيسى عن ابن القاسم أن الصديق استتاب أم قرفة اذ ارتدت فقتلها فلعله قد
علم بانعقاد الاجماع على ذلك في زمن أبي بكر وفعل أبو موسى غير ذلك فأنكره عليه عمر والا فإذا
كان أبو موسى من أهل الاجتهاد وحكم باجتهاده فيما لانص فيه ولا اجماع لغير ما يراه عمر لم يبلغ عمر
من الانكار عليه هذا الحد ولو لم يجز لأبي موسى ذلك لما جاز أن يولى الحكم حتى يطالع على قضيته
وفي هذا من فساد أحوال الناس وتوقف الأحكام ما لا يخفى فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا ﴾

ص ﴿ مالك عن سهيل بن أبي صالح السمان عن أبيه عن أبي هريرة أن سعد بن عبادَةَ قال لرسول
الله صلى الله عليه وسلم رأيت ان وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴾ ش قوله رأيت ان وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة
شهداء على سبيل الاستعلام من قبله لان ابن عبادَةَ كان يقول ان وجده لم يقدر على الصبر على ذلك

﴿ القضاء فيمن وجد
مع امرأته رجلا ﴾
* حد نايحي عن مالك
عن سهيل بن أبي صالح
السمان عن أبيه عن أبي
هريرة أن سعد بن عبادَةَ
قال لرسول الله صلى الله
عليه وسلم رأيت ان
وجدت مع امرأتى رجلا
أمهله حتى آتى بأربعة
شهداء فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم نعم

ويضرب به بسيف غير مصفح فأتى هذا القول على سبيل الخنجة ليخبر به عن نفسه من شدة غيظه
والإظهار لعذره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم نعم على معنى المنع له من قتله وأنه لا يقتل في قوله أنه وجده
مع امرأته والأفله أن يدفعه ويصرفه عن منزله ولا يجب عليه تخليته معها وإنما ذلك على وجه المنع له
من قتله بما يدعيه من فعله ص **م** مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من
أهل الشام يقال له ابن خبيري وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلها فأشك على معاوية بن أبي
سفيان القضاء فيه فكتب إلى أبي موسى الأشعري يسئل له على بن أبي طالب عن ذلك فسأل أبو
موسى عن ذلك على بن أبي طالب فقال له على أن هذا الشيء ما هو بأرضي عزمت عليك لتخبرني
فقال له أبو موسى كتب إلى معاوية بن أبي سفيان أسئلك عن ذلك فقال على أنا أبو حسن إن لم يأت
بأربعة شهداء فليعط برمته **م** ش قوله أن رجلا من أهل الشام وجد مع امرأته رجلا فقتله أو
قتلها ثم قامت عليه بينة بذلك أو اعترف به فأشك على معاوية القضاء في ذلك وكتب إلى أبي
موسى الأشعري يسئل له عن ذلك على بن أبي طالب وهذا يدل على فضله وتوقفه فيما لا يعلمه وسؤاله
عن ذلك من يثق بعلمه ويتسبب إليه بكل ما يمكنه وإن كان المسئول منا بدا له

(فصل) وقول على رضي الله عنه أن هذا الشيء ما هو بأرضي يريد أنه لو كان بلغه خبره وتقدم
الاستعداد على ذلك على من فعله لاسما وهو مما لم يتقدم فيه حكم شهير فيتعلق به من أراد الحكم فيه
ثم قال لأبي موسى عزمت عليك لتخبرني على معنى تبين القصة والبحث عنها بأكثر مما يمكن وربما
احتاج أن كان من أهل عمله إلى أن يشخص الخصوم في ذلك ليبالغ في تقيم القضية

(فصل) وقوله أنا أبو حسن مما تستعمله العرب عند أصابة ظنه كما أصاب ظنه بأن ذلك لم يكن
بأرضه وروى ذلك ابن مزين عن عيسى ثم قال إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته يريد والله
أعلم إن لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزني بين المقتولين أعطى برمته يريد سلم إلى أولياء
المقتولين يقتضون منه أن شاؤا (مسألة) ولو قطع رجله أو جرحه ففسد روى ابن حبيب عن
ابن الماجشون أن قاتله فكسر رجله أو جرحه أن ذلك جبار وإن قتله فإنه يقتل به الآن يأتي
بأربعة شهداء يشهدون على الزني بينهما وجه ذلك أن وجوده في داره أو جبه له أن يسلط عليه
بالضرب والاذى والابعاد فإن قاتله ومنعه من نحر وجهه كان له مدافعة عن ذلك بما يؤدي إلى الجراح
ومأشبهها وأما القتل فلا يستباح إلا بينة لما ورد الشرع به من حقن الدماء (مسألة) وفي
العتبية والموازية عن ابن القاسم قول على عندي ذلك في الثيب والبكر لأنه إذا جاء بأربعة شهداء
أنه وطئها لم يقتص منه لو أحدهما قال وهو عندي معنى قول على أنه لا يقتل يقتل الثيب ولا البكر
إذا قامت بينة بما زعم وذلك أن من حل به مثل هذا يخرج عن عقله ولا يكاد يملك نفسه والجاني
أحق من حل عليه (فرع) فإذا قلنا أنه لا يقتل بها وإن كانا بكرين فقد قال ابن القاسم في المدينة
عليه المدينة في البكر وقاله ابن كنانة وقال ابن عبد الحكم لاشئ عليه وإن كان بكرا إذا كان قد كثر
التشكي منه قاله ابن مزين وقال غير ابن القاسم دمه هدر في البكر والثيب وقد أهدر عمر بن
الخطاب غير دم في شبه هذا من التعدي وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون يؤدب من قتل من
وجب عليه القتل دون الإمام وهذا في الثيب ويقتل في البكر وجه قول ابن القاسم أن من قتل
من لا يجب عليه القتل فإذا لم يجب القصاص للشبهة لم تمت الدية وجه قول من أهدر دمه أنه عمد

* حدثني مالك عن يحيى
ابن سعيد عن سعيد بن
المسيب أن رجلا من أهل
الشام يقال له ابن خبيري
وجد مع امرأته رجلا
فقتله أو قتلها فأشك
على معاوية بن أبي سفيان
القضاء فيه فكتب إلى
أبي موسى الأشعري
يسأل له على بن أبي طالب
عن ذلك فسأل أبو موسى
عن ذلك على بن أبي طالب
فقال له على أن هذا الشيء
ما هو بأرضي عزمت
عليك لتخبرني فقال له
أبو موسى كتب إلى معاوية
ابن أبي سفيان أسألك
عن ذلك فقال على أنا أبو
حسن إن لم يأت بأربعة
شهداء فليعط برمته

لا يجب به القصاص فلم تجب به الدية وأصل ذلك من قتله قصاصاً ووجه قول ابن الماجشون
 أن الثيب قد وجب عليها القتل بالزنى والاحسان فليس على قاتله قتل وإنما على قاتله في ذلك
 العقوبة لافتياته في ذلك دون الامام وأما البكر فليس عليه القتل بالزنى فمن قتله
 قتل به (فرع) فإذا قلنا تجب عليه الدية فقد قال ابن القاسم والمغيرة وابن
 كنانة دية الخطأ ووجه ذلك أن القاتل لما فجأه من الغضب الذي سببه
 من الزاني يصير في حكم المغلوب الذي لا عقل له فكانت جنايته
 خطأ وحكى ابن مزين عن أصبغ أن الدية في مال
 القاتل ووجه ذلك أنه خطأ غير متيقن ليست
 شبهته بالقوية فأشبهه بقرار القاتل بالخطأ
 أنه في ماله والله أعلم وأحكم وهو
 حسبنا ونعم الوكيل ولا
 حول ولا قوة الا
 بالله العلي
 العظيم

﴿تم الجزء الخامس من المنتقى للإمام الباقر عليه الجزء السادس منه وأوله القضاء في المنبذ﴾

﴿ فهرست الجزء الخامس من شرح المنتقى للباجي رحمه الله ﴾

صحيحة

- ٢ بيع الطعام بالطعام لافضل بينهما * وفيه بابان
- ٣ الباب الأول في تبيين معنى الجنس
- ٦ الباب الثاني فيما يقع التماثل به في المقادير
- ١٢ جامع بيع الطعام
- ١٥ الحكرة والتربص * وفي هذا أربعة أبواب
- ١٥ الباب الأول في بيان معنى الاحتكار وحكمه
- ١٦ الباب الثاني في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادخار
- ١٦ الباب الثالث وهو ما يمنع من احتكاره
- ١٦ الباب الرابع في بيان ما يمنع من الاحتكار
- ١٧ التسعير على ضربين الخ * وفيه ثلاثة أبواب
- ١٧ الباب الأول في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به
- ١٨ الباب الثاني في تبيين من يختص به ذلك من البائعين
- ١٨ الباب الثالث فيما يختص به ذلك من المبيعات * وفيه ثلاثة أبواب أيضا
- ١٩ الباب الأول في صفة التسعير
- ١٩ الباب الثاني في ذكر من يسعر عليهم
- ١٩ الباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات
- ١٩ ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه
- ٢١ ما لا يجوز من بيع الحيوان
- ٢٤ بيع الحيوان باللحم
- ٢٦ بيع اللحم باللحم
- ٢٨ ما جاء في ثمن الكلب
- ٢٩ السلف وبيع العروض بعضها ببعض
- ٣١ السلف في العروض
- ٣٥ بيع النحاس والحديد وما أشبههما بمما بوزن
- ٣٦ النهي عن بيعتين في بيعة
- ٤١ بيع الفرر
- ٤٤ الملاسة والمناذة
- ٤٥ بيع المراجعة
- ٥٣ البيع على البرنامج
- ٥٥ بيع الخيار
- ٦٤ ما جاء في الباقي الدين

صحيحة

- ٦٦ جامع الدين والحول
 ٧٨ ما جاء في الشركة والتولية والاقالة
 ٨١ ما جاء في افلاس الغريم * وفيه أبواب
 ٨٣ الباب الأول في حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده
 ٨٤ الباب الثاني فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء في ديونهم
 ٨٥ الباب الثالث في ضمان ما يتخاص فيه الغرماء من ماله
 ٨٦ الباب الرابع في حكم المحاصة
 ٨٧ الباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة
 ٩٥ ما يجوز من السلف
 ٩٧ ما لا يجوز من السلف
 ١٠٠ ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة * وفيه أبواب
 ١٠٣ الباب الأول في تعيين البادى الذى يمنع من البيع له
 ١٠٤ الباب الثانى فى التصرف الذى يمنع له
 ١٠٤ الباب الثالث فى حكم البيع له اذا وقع
 ١٠٧ جامع البيوع
 ١١٨ كتاب المساقاة
 ١١٨ ما جاء فى المساقاة
 ١٣٨ الشرط فى الرقيق فى المساقاة
 ١٤٢ كتاب كراء الأرض
 ١٤٢ ما جاء فى كراء الأرض
 ١٤٩ كتاب القراض
 ١٤٩ ما جاء فى القراض
 ١٥٢ ما يجوز فى القراض
 ١٥٥ ما لا يجوز فى القراض
 ١٥٩ ما يجوز من التشرط فى القراض
 ١٦٠ ما لا يجوز من الشرط فى القراض
 ١٦٣ زكاة القراض
 ١٦٥ القراض فى العروض
 ١٦٦ الكراء فى القراض
 ١٦٧ التعدى فى القراض
 ١٧١ ما يجوز من النفقة فى القراض
 ١٧٤ ما لا يجوز من النفقة فى القراض
 ١٧٤ الدين فى القراض

صحيفة

البضاعة في القراض	١٧٦
السلف في القراض	١٧٦
المحاسبة في القراض	١٧٧
جامع ما جاء في القراض	١٧٩
(كتاب الأفضية)	١٨٢
الترغيب في القضاء بالحق * وفيه بابان	١٨٢
الباب الأول في صفة القاضي	١٨٢
الباب الثاني في مجلسه وأدبه	١٨٤
ما جاء في الشهادات * وفيه أبواب	١٨٨
الباب الأول في عدد المتركين	١٩٤
الباب الثاني في صفة المترك	١٩٥
الباب الثالث في معنى العدالة وما يلزم المترك من معرفة ذلك	١٩٥
الباب الرابع في لفظ الزكوة وحكمها	١٩٦
الباب الخامس في تكرير التديل وما يلزم منه	١٩٦
للشهادة حالان * الأول في تميل الشهادة	١٩٧
الثاني في حال أداء الشهادة * وفيه بابان	١٩٩
الباب الأول في نقل الشهادة عن معينين	٢٠١
الباب الثاني في نقل الشهادة عن غير معينين	٢٠٢
القضاء في شهادة المحدث	٢٠٧
القضاء باليمين مع الشاهد	٢٠٨
القضاء فبين هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد	٢٢٢
القضاء في الدعوى * وفيه أبواب	٢٢٤
الباب الأول في تفسير ما تعتبر فيه الخلطة	٢٢٤
الباب الثاني في تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها	٢٢٥
الباب الثالث فيما ثبت به الخلطة	٢٢٦
التحكيم * وفيه بابان	٢٢٨
الباب الأول في صفة من يجوز تحكيمه	٢٢٨
الباب الثاني في تعيين الأحكام التي يجوز التحكيم فيها	٢٢٨
القضاء في شهادة الصبيان * وفيه أبواب	٢٢٩
الباب الأول في ذكر من تجوز شهادتهم	٢٢٩
الباب الثاني في تعيين الحالة التي تجوز عليها شهادتهم	٢٣٠
الباب الثالث في حكم من تجوز شهادتهم	٢٣٢
ما جاء في الحنف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم	٢٣٧

صحيفة

٢٣٣	جامع ما جاء في اليمين على المنبر
٢٣٩	مالا يجوز من غلق الرهن
٢٤٠	القضاء في رهن الثمر والحيوان
٢٤٢	القضاء في الرهن من الحيوان * وفيه أبواب
٢٤٧	الباب الأول في وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطاً في صحته أو تمامه
٢٤٨	الباب الثاني في صفة الحيازة وتمييزها بما ليس بحيازة
٢٥١	الباب الثالث فيمن يصح وضع الرهن على يده
٢٥٢	الباب الرابع فيمن يوضع على يده الرهن عند اختلاف المتراهنين
٢٥٣	الباب الخامس فيمن يلى الرهن ويقوم به من الانفاق عليه والاستغلال له
٢٥٦	القضاء في الرهن يكون بين الرجلين
٢٥٩	القضاء في جامع الرهون
٢٦٤	القضاء في كراء الدابة والتعدي بها
٢٦٨	القضاء في المستكرهه من النساء
٢٧٢	القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره
٢٨١	القضاء فيمن ارتد عن الاسلام
٢٨٤	القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً

﴿ تمت الفهرست ﴾

الجزء السادس من

كتاب

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث

الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة

المالكية المولود سنة ٤٠٣ هـ المتوفى سنة ٤٩٤ هـ

رحمه الله ورضي عنه

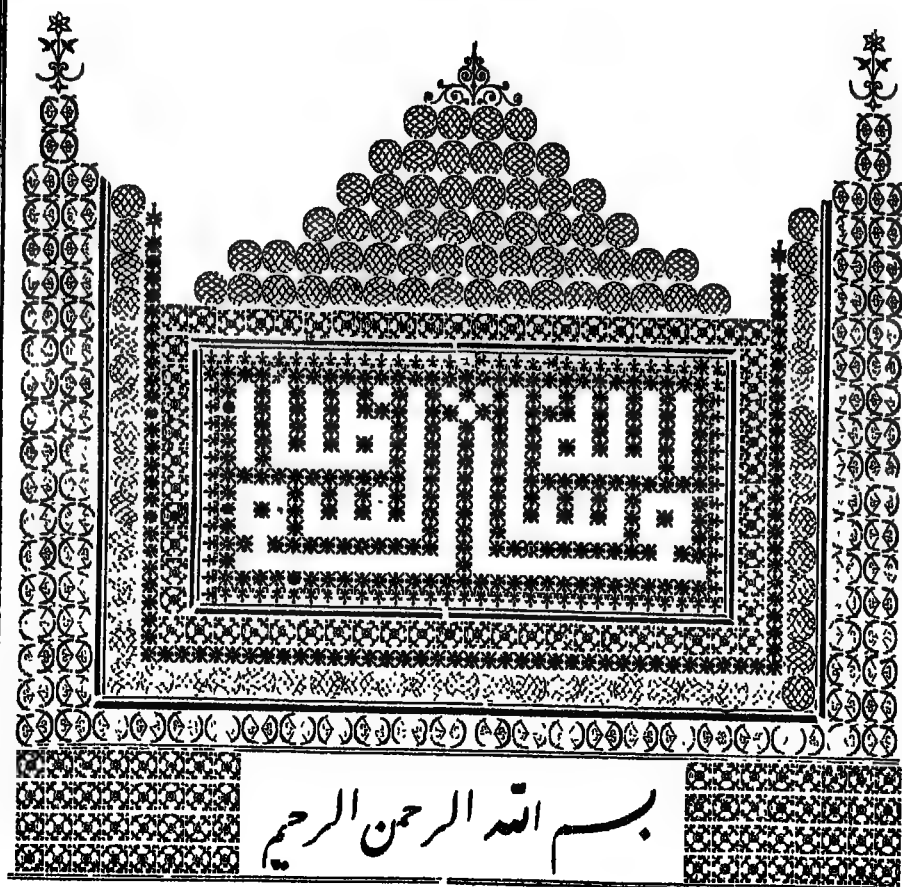
د الطبعة الاولى - سنة ١٣٣٢ هـ

مطبعة النجادة بجوار محطة بصر

الطبعة الثانية

دار الكتاب الاسلامي

القاهرة



﴿ القضاء في المنبوذ ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سنين أبي جسيمة رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً في زمان عمر بن الخطاب قال فبحث به إلى عمر بن الخطاب فقال ما حالك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أ كذا قال نعم فقال عمر ابن الخطاب اذهب فهو حرك ولك ولاؤه وعلينا نفقته ﴿ ش قوله منبوذاً فبحث به عمر المنبوذ هو المطروح ويحتمل أن يجي به إلى عمر ليعلم حاله وينفق عليه من بيت مال المسلمين ويحتمل أن يجي به ليستفتيه في أمره وليسأله الحكم له بولائه أو غير ذلك (فصل) وقول عمر رضي الله عنه ما حالك على أخذ هذه النسمة روى أشهب عن مالك انه قال اتهمه ان يكون ولده آتى به لكي يفرض له من بيت المال ﴿ قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون سأله عن سبب أخذه له وخاف عليه ان يكون حمله على ذلك الحرص على أن يفرض له من بيت المال وبلي هو أمره ويحتمل أن يخاف التسرع إلى أخذ الاطفال من غير ان ينذوا حراً صاعلي أخذ النفقة لهم ورغبة في موالاتهم ويحتمل أن يكون سأله لثلايلتقطه من عياله وقد روى ابن القاسم عن مالك اذا ادعى اللقيط ملتقطه فلا قول له الابينة وقال أشهب يقبل قول من ادعاه ملتقطه أو غيره الا ان يتبين كنبه وجهه رواة ابن القاسم انه ليست هناك شبهة تصدق دعواه وليس له أن يعلق به نسب لا شبهة له فيه ووجه قول أشهب ان له فيه شبهة الالتقاط

﴿ القضاء في المنبوذ ﴾
 ﴿ قال يجي قال مالك عن ابن شهاب عن سنين أبي جسيمة رجل من بني سليم انه وجد منبوذاً في زمان عمر بن الخطاب قال فبحث به إلى عمر بن الخطاب فقال ما حالك على أخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فأخذتها فقال له عريفه يا أمير المؤمنين انه رجل صالح فقال له عمر أ كذا قال نعم فقال عمر ابن الخطاب اذهب فهو حرك ولك ولاؤه وعلينا نفقته

وليس له نسب ثابت بغيره كما لو ملك أمه

(فصل) وقول سنين وجدت بها ضائعة فأخذتها يريد أنه أخذها لهذا الوجه لا لغيره من الوجوه التي يحتمل أخذها له وإن كان بعضها مكرها وبعضها مباحا وأنه إنما أخذها لأنه وجدته في موضع يضيع فيه إن ترك فأخذها لذلك ومن وجد بهذه الصفة لزومه أخذها لأنه لا يعمل تركه للهلاك وأخذها على وجهين أحدهما أن يأخذها ملتقطا ليريه فقد قال أشهب ليس له رده وأما أن يأخذها ليرفعه إلى السلطان فلم يقبله منه السلطان فلا ضيق عليه في رده إلى موضع أخذها ومعنى ذلك عندى أن يكون موضعها لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذها

(فصل) وقوله عريفه العرفاء رؤساء الاجناد وقوادهم ولعلمهم سمو بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الجيش وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين لما رأى أن يرد السبي إلى هوازن فأذن له في ذلك الناس فقال أنا لا تدري من أذن في ذلك منكم ممن لم يأذن فارجعوا حتى رفع الينا عرفاؤكم وقال على أن عمر دون الدواوين وجعل فيها أرباعا وجعل عليهم عرفاء وقال يحيى بن مزين الأرباع في جند الشام والاسباع في جند الكوفة والახاس في جند البصرة قال عيسى فكان الذي وجد المنبوء من عرافة هذا الرجل الجالس عند عمر فقال لعمر أنه رجل صالح على معنى أن يصدق عمر في قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهته أن يظن الأمر على غير ما يرضيه من أن يأخذها للوجوه التي ظنها أن يكون إنما التقطه ليفرض له نفقته في بيت المال ويبقى عنده فيراهم عريفه من ذلك بما أخبر به عنه مما علمه منه من الصلاح والدين وليس هذا من باب التزكية التي يثبت بها قبول الشهادة وليس كل رجل صالح تقبل شهادته وتثبت عدالته وانما ينتفي بهاد عنه ما ينافي الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوء له والله أعلم

(فصل) وقول عمر أ كذلك على وجه التحقيق والاستثبات وقوله هو حر على وجه الاخبار له بحكمه وإن اللقيط حر وفي كتاب ابن المواز أن اللقيط حر وإن التقطه عبدا ونصراني ووجه ذلك أنه لا يقيم فيه سبب من أسباب الاسترقاق (مسألة) واللقيط على الاسلام وذلك أنه لا يتناول أن يلتقط في بلاد الاسلام أو في بلاد الشرك أو في بلاد فيها الصنفان فإن التقط في بلاد الاسلام فهو مسلم وإن التقطه نصراني لأن الظاهر أنه من المسلمين بحكم الدار وإن كان ببلاد الشرك فقد قال ابن القاسم هو مشرك وقال أشهب هو مسلم إن التقطه مسلم ووجه قول ابن القاسم أن الظاهر أن حكمه حكم الدار والدار للشرك فكان الظاهر أن من كان فيها حكمه حكمهم في الدين كما أن الظاهر حكمه حكمهم في النسب والحرب ووجه قول أشهب أن الدار تأثيرا وللتقط في ذلك تأثير فوجب أن يغلب حكم الاسلام وكذلك لو التقطه في كنيسة لحكمه بحكم الاسلام كما يحكم له بحكم الحرية (مسألة) فإن التقط بقريه من قرى الذمة ليس فيها مسلم الاثنتان أو ثلاثة فقد قال ابن القاسم إن التقطه مسلم فهو مسلم وإن التقطه نصراني فهو نصراني وقال أشهب هو مسلم على كل حال ووجه قول ابن القاسم أن حكم الكفر والاسلام قد استوى في ذلك لأن أصل الدار للاسلام وغالب من فيها الكفر فغلب حكم الملتقط ووجه قول أشهب أن الدار دار الاسلام ولذلك لا يسترى وانما يسكنها أهل الذمة بالخزينة (فصل) وقوله ولك ولاؤه يريد تخصيصه بذلك وذلك يقتضى كونه على دينه قال ابن المواز قال مالك ولو أعلم أن عمر قال في المنبوء ما ذكر ما خولف يريد والله أعلم أن يجعل الولاء للملتقطه والحديث صحيح لا شك فيه لأنه يرويه عن ابن شهاب عن سنين أبي جيلة وهو من الصحابة ولكنه

لفظ يحتمل التأويل فيكون معنى قول مالك ذلك ان لو علم ان عمر أراد مايتأ ولونه عليه لم أخافه لتقارب الأدلة في ذلك وترجحها ولو ان مالكاً قد تأول قول عمر لك ولاؤه أي قد جعلت لك أن تتولى تربيته والقيام بأمره وأنت أحق به من غيرك وذلك ان من التقط لقيطاً فهو أحق به من غيره فان نزعه منه غيره فقد قال ابن القاسم ان كان ملتقطه قوي على مؤنته وامساكه رد إليه قال أشهب ان كانا سواء أو متقاربين فالأول أولى فان خيف أن يضيع عند الأول فالثاني أولى به الا ان يطول مكنته عند الأول وليس المقيط في ضرر فالأول أحق به وهذا ان كانا مسلمين فان كان ملتقطه نصرانياً فقد قال أصبغ ينزع منه ثلاثين صرة أو يدرس أمره فيسرقه وهذه ولاية الاسلام لا ولاية العتق لأن اللقيط مجهول النسب فلاؤه لجماعة المسلمين والى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز وبه قال الشافعي وروى عن علي بن أبي طالب انه قال اللقيط حر وله أن يوالى من أحب الذي التقطه أو غيره وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة وقال النخعي ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة وبه قال أكثر الكوفيين وقال أبو حنيفة ميراثه لمن التقطه الا ان له أن ينتقل عنه حيث شاء ما لم يعقل عنه من والاه فان عقل عنه لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه

(فصل) وقوله وعلينا نفقته يريد مؤنته في بيت مال المسلمين ان أمكن ذلك لانه من فقرائهم مع عجزه عن التكسب وخوف الضياع عليه وان تعذر الاتفاق عليه من بيت مال المسلمين فقد قال مالك في الموازية من التقط لقيطاً فعليه نفقته حتى يبلغ ويستغنى وليس له أن يطرده ووجه ذلك انه اذا أخذه ملتقطاً له فقد لزمه أمره وحفظه (مسألة) ولا رجوع له عليه بما أنفق عليه وان استأذن في ذلك الامام قاله القاضي أبو محمد قال وكذلك لو كان له مال لا يعلم به ووجه ذلك انه من فقراء المسلمين فليس له أن يشغل ذمته بدين الاتفاق عليه كسائر الفقراء (فرع) فان استلحقه أحد فقال ابن القاسم ان استلحقه بيته أو غيرها رجع عليه بما أنفق ان كان نعمد طرحه وهو مليء وان لم يطرحه فلا شيء على الاب وقال أشهب لا شيء على الاب بكل حال لأن هذا أنفق على وجه التطوع ص قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه ش وهذا على حسب ما قال ان المنبوذ وهو المطروح من قولهم نبذت الشيء اذا طرحت قال الله تعالى فنبذناه بالعراء وهو سقيم الا انه في عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الاطفال على وجه الاستمرار به فبليتقطعه من يخاف عليه الضيعة فقال مالك انه حر ووجه ذلك انه عرا من أسباب الاسترقاق فهو لاحق بالاحرار وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون انما يحملهم على الحرية لعدم معاني الاسترقاق

(فصل) وقوله ولاءه للمسلمين يريد ان ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين وقد تقدم القول في ذلك بما يغني عن اعادته وقوله وهم يرثونه ويعقلون عنه على معنى تفسير المولى الذي أثبتته في حكم المنبوذ والله أعلم

﴿ القضاء بالحق الولد بأبيه ﴾

ص قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهداً إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخي قد كان عهداً إلى فيه فقام اليه عبد بن

قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر عندنا في المنبوذ انه حر وان ولاءه للمسلمين هم يرثونه ويعقلون عنه

﴿ القضاء بالحق الولد بأبيه ﴾

قال يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها قالت كان عتبة بن أبي وقاص عهداً إلى أخيه سعد بن أبي وقاص ان ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك قالت فلما كان عام الفتح أخذه سعد وقال ابن أخي قد كان عهداً إلى فيه فقام اليه عبد بن

زمنة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساوفا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد
 يارسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه وقال عبد بن زمنة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمنة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
 وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمنة احتجى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت فما
 رأيها حتى لقي الله ﷺ ش فوله أن عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن
 وليدة زمنة منى فاقبضه اليك على حسب ما كان يفعل أهل الجاهلية فقدر روى أن النكاح كان
 عندهم على أربعة أضرب أحدها الاستبضاع وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله
 وتقدمه فى امر من تكون له من حرة أو أمة أن تبيع نفسها له فإذا حلت منه رجع هو الى وطنها حرصا
 على نجابة الولد والثاني أن تكون المرأة لازوج لها فيشأها الجماعة من الرجال منفردين أو مجتمعين
 فإذا استمر بها حل دعتهم وقالت لأحدهم هذا منك فيلزمه ذلك ويلحق به ولا يمكنه الامتناع منه
 والثالث البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن هن رأى تلك الراية علم انه موضع بغى فيتكرر
 عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى اذا استمر بها حلها قالت لبعضهم هومنك فيلحق به والرابع
 النكاح الصحيح فأبطل الاسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة وأثبت النكاح فلعن ما قال عتبة بن أبى
 وقاص ابن وليدة زمنة منى انما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التى أبطلها الاسلام فلما
 أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه ولم يبق له بينة من اقرارها لم يلحق به وأما من استلحق ولدا فلا
 يخاف أن لا يكون عرف له ملك أمة ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها فان لم يعرف له ملك أمة بنكاح
 ولا بملك يمين فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فقال مرة يلحق ذلك به ما لم يتبين كذبه وان لم يكن له
 نسب معروف وبه قال مالك وقال ابن القاسم أيضا لا يلحق به حتى يتقدم له على أمة نكاح أو ملك
 يجوز أن يكون منه ولا يمنع من ذلك نسب معروف وبه قال سحنون وجه القول الأول أن
 الأسباب موضوعة على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت الا باقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده فإذا لم يكن
 ثم نسب مانع لحق بمن استلحقه وجه القول الثاني ان النسب انما يؤثر فيه الاستلحاق اذا كان
 ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح فإذا لم يكن ثم سبب يقوى الدعوى وجب أن تبطل لانه
 لو ثبت بمجرد الدعوى لكثرة تعرض الدعوى في ذلك وفسدت الأنساب (مسئلة) وأما ان
 ملك أمة قبل ذلك فان ادعاهم مع بقائهم في ملكه فلا خلاف في المذهب انهم يلحقون به وفي كتاب
 ابن المواز عن ابن القاسم فيمن بيده أمة لها ولد وعليه دين يحيط بماله فاستلحق الولد لحق به وتكون
 الأمة بذلك أم ولده ووجه ذلك ان سبب النسب موجود مع عدم مستلحقه فيصح استلحاقه كما لو لم
 يكن عليه دين ولم يمنع الدين الاستلحاق لان الاستلحاق معنى يثبت به النسب مع عدم الدين
 فوجب أن يثبت به النسب مع الدين كالاقرار بالوطء قبل الولادة ثم ظهور الحمل (مسئلة) وأما
 ان كان قنبا مع أمه ثم ادعى وهو معدم انه ابنته منها فقد اختلف في ذلك قول مالك روى عنه
 أشهب انه يصدق فيه وفيها ويرد اليه ويتبع بالثمن دينا وبه قال أشهب وابن عبد الحكم وروى عنه
 أشهب أيضا انه يصدق في الولد ولا يصدق في أمه ويرد اليه الولد بمحضته من الثمن وبه قال ابن القاسم
 وجه القول الأول ان هذه حالة تصدق في الولد فانه يصدق في أمه كحالة السر ووجه القول الثاني
 ان عدمه بالثمن تهمة في ارادته استرجاع الأمة دون ثمن واستلحاقه الولد لا يقتضى ارتجاعه الأم ألا
 ترى ان ولدا للملاعة يستلحقه الملاعن ولا يقتضى ذلك ارتجاع أمه لان استلحاق الولد عرا من التهمة

زمنة فقال أخى وابن وليدة
 أبى ولد على فراشه فتساوفا
 الى رسول الله صلى الله
 عليه وسلم فقال سعد
 يارسول الله ابن أخى
 قد كان عهد الى فيه وقال
 عبد بن زمنة أخى وابن
 وليدة أبى ولد على فراشه
 فقال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم هو لك يا عبد بن
 زمنة ثم قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم الولد
 للفراش وللعاهر الحجر
 ثم قال لسودة بنت زمنة
 احتجى منه لما رأى من
 شبه بعتبة بن أبى وقاص
 قالت فما رأيها حتى لقي الله

لما جعل عليه الناس من نفي ما يشك فيه من النسب فكيف بما يتيقن انتفاؤه والله أعلم وأحكم
(مسئلة) فان كان مليا وقديما فادعاه فانها يردان اليه الا ان يتهم فيها بصابة اليها فيصدق في
الولد ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصباية بها قال أصبح لا يتهم في غناه سواء باعها بالولد أو
ولدت عنده المتباع لما يولد مثله وجه قول ابن القاسم أن كلفه بها تهمة بمنعه ردها فنع من ذلك وصح
استلحاقه للولد لانه مقر له لحق النسب مع تعريه من التهمة وجه قول أصبح انه اذا صح استلحاقه
للولد لسبب ملك اليمين يضمن ذلك كون الأم أم ولده ولا تهمة مع الغنى لانه يرد عوضها ولو قيل
في هذا يرد الاكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا ما لم
يعتقهما المتباع فان اعتقهما ثم استلحق الولد البائع فقد قال ابن القاسم لا يصدق البائع فيها ثم
رجع فقال يقبل قوله في الولد وحده ويثبت نسبه وجه القول الأول ان الولاء نسب ثابت فلا يرد
بالاستلحاق كما لا يرد نسب ثابت وجه القول الثاني ان النسب أقوى من الولاء لان الولاء مشبه
به فالنسب يبطل الولاء ولو كانت الأمة بما ثبت لها الولاء في الوجهين لم يبطل الثاني الأول وكان
الأول أولى (مسئلة) فاذا قلنا لا يقبل قوله في الأمته فان عتقها يثبت للمتباع ويرجع باليمين على
البائع وجه ذلك انه مقر لها بقنها فكان عليه أدأؤه ولا يقبل ان على نقل الولاء لانه لا يجوز
ذلك فيه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته (مسئلة) وهذا كله ما لم يدعه
المشتري ولدا فان ادعاه فقد قال ابن القاسم المشتري أحق به وجه ذلك ان اليد قد ضعفت
دعوى البائع بتكذيب نفسه ببيعه اياه فاما يقبل قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه من لم يتقدم
منه تكذيب دعواه

(فصل) وعتبة بن أبي وقاص انما ادعى هذا الولد من جهة زنا في الجاهلية ومثل هذا كان يلحق به
لو ادعاه بعدما أسلم في الاسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه رؤه عيسى عن ابن القاسم
وفي مسئلة ولد زمة قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا وهو ادعاء الفرائش له فان أمة زمة ادعى ابن
زمة لها الفرائش ومعناه وطء أبيه لها لان الأمة تصير عندنا فرائشا بالوطء أو بالقرار به ومعنى ذلك ان
من أقر بوطء أمة ثم ولدت ولدا ألحق به وان لم يقر به ومات قبل وضعه ويحتمل أن يكون ما ادعاه
عتبة لم يثبت عنه وانما كان في ذلك مجرد دعوى سعد أخيه له ولا يصح استلحاق العم ابن أخ

(فصل) وقوله فتنسأوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يريدان كل واحد منهما ساق صاحبه
لما زعمته فبا ادعاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليحكم بينهما في دعواهما فأدلى سعد بحجته فقال
ابن أخى قد كان عهداى فيه ولم يدع بينة على ذلك وانما ادعى انه عهداى فيه ولم يمنعه من ذلك عبد بن
زمة لانه لا طريق له الى معرفة ذلك بل الظاهر صدق سعد ولكنه انما أدلى بحجته أيضا فقال أخى
وابن وليدة أبى ولد على فراشه فادعاه أخا ولم يدع بينة على استلحاق أبيه له وانما احتج بمجرد دعواه كما
احتج بمجرد دعواه فلما استوعب النبي صلى الله عليه وسلم حجة كل واحد منهما حكم بينهما بالحق
فقال هولك يا عبد بن زمة ولا يقتضى ذلك انه ألحقه بأبيه زمة لانه لم ينفه اليه ولا قال هو ابن زمة
وانما أضافه الى عبد بن زمة لانه ابن أمة أبيه ولو لم يدعه أخا لقتضى له به عبدا ولكنه قد أقر بحريته
وأخوته فقل له أنت أعلم بما تدعيه فيما يخصك ولا يصلح استلحاق الرجل أخا قال أشهب في كتاب
ابن سحنون ومن استلحق أخا في بلاد الاسلام لم يوارثه ولا يستلحق الأخ وفي المدينة من رواية عبد
الرحمن بن دينار عن ابن كنانة فممن شهد ان أباه كان مقرا بوطء جارية فهلك عنها أبوه وهى حامل قال

لا يقبل شهادته وحده ولا يرث معه في حظه وانما هو عبد للورثة ولو شهد ان أباه كان أقر بولد من امرأة
 حرة ورث معه في حظه خاصة ما لم يكن سفيها مولى عليه قال عيسى وقاله ابن القاسم ومعنى ذلك أنه
 أقر بحمل جارية فالولد عبد لجميع الورثة فلا يرث شيئا من حظه ولا حظ غيره واذا أقرانه من حرة فهو
 حر فذلك كان له حق في حظه وعبد بن زمة انفرد بميراث أبيه لأنهما كانا كافرين وسودة أخته
 مسامة فلم يرثه ولم يذكر في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم ورثه وانما أضافه الى عبد اذا قد أقر بانه
 أخوه وهو المنفرد بميراث أبيه فلا يحل له بيعه ولا يثبت بذلك نسبه لان النسب انما يلحق الأب فلا
 يلزمه ذلك بقول عبد الأعلى وجه الشهادة عليه فيلزمه ذلك اذا كملت الشهادة والله أعلم وظاهر قوله
 هو لك يا عبد بن زمة انه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية فأنت أعلم بقولك في ذلك فيما يخصك
 وذلك لو أقر رجل بشئ في يده لصح أن يقال له انه لك بمعنى انه قد كان لك منعه فاذا أقررت به لغيرك
 فأنت وذلك وقال الطحاوي معنى قوله هو لك انه يريدك لأنك تملكه ولكن يمنع منه غيرك وقال
 الطبري هو لك عبد وهذا أيضا غير صحيح ان كان يريد به بعد الاقرار وان كان أراد به قبل الاقرار
 فهو على ما قدمناه وقال الشافعي معناه هو لك أخ وانه صلى الله عليه وسلم حكم به لزمة وسياق ذكره
 بعد ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما الجدل فهل يصح استلحاقه في كتاب ابن سحنون عن مالك
 لا يصح ذلك الا من الأب قال سحنون وماعامت بين الناس في ذلك اختلافا وقال أشهب يستلحق
 الأب والجد ووجه قول مالك وابن القاسم ما قدمناه ولان كل ما لا يصح استلحاقه في حياة الأب لا يصح
 استلحاقه بعد موته كالأخ ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به فجاز استلحاقه كالأب فالجد
 مختلف في استلحاقه والأب متفق على صحة استلحاقه وسائر الأقارب متفق على نفي استلحاقهم فلا
 يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء
 (مسئلة) فاذا ثبت انه لا يستلحق الا الأب فمن أقر ان فلانا أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولاه فانه
 يشارك في ميراث من قد توفي ممن يوجب لهم ذلك الاقرار بميراثه وذلك مثل أن يموت رجل ويترك
 ولدا فيقر ذلك الولد بأخيه فانه يرث معه أباه فيأخذ نصف ما ترك من المال ولكن لا يثبت نسبه بذلك
 ولو ترك الميت ولدين فأقر أحدهما بثلاث فانه يدفع اليهما كان يستحقه مما يديه لو ثبت نسبه ولا يدفع
 الآخر اليه شيئا الا أن يكون المقر له عدلا فيخلف مع شهادته ويأخذ مما يديه الآخر حصته أيضا ولكن
 لا يثبت بذلك نسبه من الميت ولو أقراله جميعا بانه أخ لهما وهما من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما
 وهذا كله قول مالك وجهه رأي أصحابه ووجه ذلك انه من أقر له بالأخوة فهو مقر له بمال في يده
 فيقضي عليه باقراره على نفسه ويقال له أنت أعلم بذلك ولا يقضي على الميت بالخاق نسبه به لانه
 لا لحق به الابشهادة كاملة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من قال فلان أخى أو عمى أو ابن عمى أو
 وارثى فلا يخاف أن يكون ثم نسب معروف فان كان ثم نسب معروف بخالف ما أقر به فثبت بالبينة
 أولى من دعواه وان لم يكن ثم نسب فثبت المقر الذي عليه مالك وجهه رأي أصحابه انه ان لم يكن للمقر
 وارث مستحق لذلك فان المقر له يرثه من باب الاقرار ولا يثبت نسبه بذلك وقاله أصبغ وسحنون ثم
 قال لا ميراث له لان المسلمين يرثونه وجه القول الأول قول النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث
 هو لك يا عبد بن زمة وهذا يقتضى اضافته اليه على ما دعه وقد قلنا ان نسبه لا يثبت بذلك فلم يبق
 أن يضيفه على شيء مما دعه الا ان يثبت بينهما بذلك توارث على وجه ما وهو ما فضل عن ميراث من
 يثبت نسبه ووجه القول الثاني لسحنون ما احتج به ابنه وذلك انه قال انما اختلف أصحابنا وأهل

العراق في مثل هذا الاختلافهم في أصل المسئلة لانهم قالوا ان من لم يكن له وارث معروف جازله أن يوصى بجميع ماله لمن أحب فلذلك جوزوا اقراره لمن ذكرنا من القرابة وأصحابنا لا يجيزون له ذلك وإنما يجيزون له الثلث فقط وهذا الذي قاله ابن سحنون غير بين لان الاقرار بالوارث ليس طريقه طريق الوصية وإنما طريقه طريق الاقرار بالوارث وليس طريقه بالمال على وجه ما فيصح اقراره بجميع ماله ما لم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع وهو أقوى منه كما لو أقر رجل في مرضه بدين يستغرق جميع ماله ثم يموت فإن ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله وبطل اقراره لمن أقره في مرضه وبما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا أنه لا يجوز الوصية بأكثر من الثلث وهم غير ابن سحنون وأشهب يجعلون المال للقر له بالنسب وبما بين ذلك أيضا ان سحنون وسائر أصحابنا يؤولون من أقر بعد موت أبيه بأخ قاسمه مال أبيه ولا يثبت له بذلك نسب ولو كان هذا على وجه الوصية لما أخذ شيئا منه إلا بعد موت المقر على وجه الوصية والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر الفراش عند أصحابنا هي الأمة لأنها تصير فراشا باقرار السيد بالوطء ومعنى ذلك ان الولد لصاحب الفراش * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن يكون المراد بالفراش ما يفتش وذلك ان الوطء غالبا إنما يكون على شيء يفتش فيكون معناه والله أعلم ان السيد اذا وطئ أمته فقد اتخذ لها فراشا وان الولد منسوب الى صاحب الفراش وهو سيد الأمة التي جعل لها فراشا وهو أحق به من غيره وقال أصحاب أبي حنيفة معنى الفراش الزوج وما قالوه غير معروف في اللغة وقد بينت ذلك في كتاب السراج ومعنى ذلك ان السيد اذا أقر بوطء أمة فأنث بولد للثلث ما يولد منه بعد وقت الاقرار لحق به الولد وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة وقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش عام في الحرية والأمة فيحمل على عمومها لا ما خصه الدليل ودليلنا من جهة القياس ان هذه حرمة تثبت بعقد النكاح فثبتت بالوطء في ملك اليمين أصل ذلك حرمة للمصاهرة

(فصل) وأما قوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر فعناه اذا ادعى ولد صاحب الفراش من أمة أو حرة وأما ان لم يدعه في المدينة ان محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجمعهم وتعملوا الى دار الاسلام فادعى بعضهم ولد زنية أبلحق به قال نعم من حرة كان الولد أو من أمة إلا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرية فيكون أولى به لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وقاله ابن القاسم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وللعاهر الحجر العاهر هو الزاني وقال عيسى شتل سفيان به عينة عن ذلك فقال كان العهر في أهل الجاهلية ظاهرا وهو الزنا وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه فهو آثم وما كان خفيا أو متخذة خدنا فلا بأس به فأنزل الله تبارك وتعالى قل إنما حرم بي الفواحش ما ظهر منها وما بطن وأنزل ولا متخذات اخدان فلما جاء الاسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة تزوجها غيره فالذي ولد على فراشه أحق به وقضى صلى الله عليه وسلم بالحجر للعاهر على معنى والله أعلم يستحق بفعله الرجم لا الولد وان كان لا يرجم زاني المشر كين لكنه صلى الله عليه وسلم لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص باحكام المشر كين بل على سبيل العموم فلما قصد أن يثبت الزنا والعاهرة أخبر عنه بأشد أحكامه في الدنيا لان منهم من حكمه جلد مائة أو جلد خمسين وعلى حسب

ما تنوع اليه الأحكام في ذلك ويحتمل أن يريد بقوله وللعاشر الحجر أنه لا شيء له من الولد ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة

(فصل) وقوله ثم قال لسودة احتجبي منه معنى ذلك والله أعلم أنه لم يثبت نسبه وإنما أقرله عبداً بالآخوة ولم يكن بذلك أخاً لسودة ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الآخوة فيكون بذلك من ذوى محارمها ولذلك لو توفي رجل وترك ابناً وبناتاً فافر الابن بأخ من أبيه لأخذه من تركه الأب ما يستحقه من حصه الابن المقر ولم يأخذ ما يبدى الأخت شيئاً ولا كان لها بذلك أخاً ولا ذا محرم فلا يحمل له أن يدخل عليها لأنه أجنبي منها حين لم يثبت نسبه من أبيها فعلى هذا جرى حكم سودة مع الذي ادعاه أخوها والله أعلم وقال الكوفيون في قول النبي صلى الله عليه وسلم احتجبي منه يا سودة دليل على أنه جعل للزنا حكماً يحرم به رؤية المستلحق لأخته سودة فقال لها احتجبي منه يا سودة لما رأى من شبهه بعتبة فنعها من أخيا في الحكم لأنه ليس بأخيها في غير الحكم لأنه من زنا في الباطن إذ كان شبهاً بعتبة فجعله كالأجنبي لا يراها بحكم الزنى وجعله أهاها بحكم الفراش قالوا وما حرمة الحلال فالزنى أشد تحريماً له وهذا غير صحيح لما قدمناه وهو عائدة عليهم لأن الحلال يؤيد التحريم في الآخوة فكان يجب أن يؤيده الزنا أكثر ويحرم النكاح وهذا مما لا خلاف في إبطاله وقال الشافعي رؤية ابن زمة لسودة مباح في الحكم ولكنه كرهه وأمرها بالتزني عنه اختياراً قال أصحابه لما كان للزوج منع زوجته من رؤية أخيها وهذا أيضاً ليس بصحيح لأنه لو كان مباحاً لما نهاها عنه وأمرها بقطع رجه وقد أمر صلى الله عليه وسلم عائشة أن يدخل عليها عها من الرضاة وقال لها وعك فليج عليك مع ما علم من غيرته صلى الله عليه وسلم وقال أتعجبون من غيرة سعد لأننا غير منه والله أعلم منادى على عائشة وعند هارجل فقال من هذا فقالت أختي من الرضاة فقال انظروا من أخوانك فاما الرضاة من الجماعة ومع ذلك فقد أمرها أن يلبس عليها عها من الرضاة والشبه لا تأثير له في الأنساب وقال أبو إبراهيم المزني يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم أجاب عن المسئلة فأعلمهم بالحكم أنه كذلك يكون إذا ادعى صاحب الفراش الولد وصاحب زنى لا على أنه يلزم عتبه دعوى أخيه سعد ولا يلزم زمة دعوى ابنه عبد وبين ذلك بقوله لسودة احتجبي منه وهذا أصح هذه الأقوال وهو نحو ما ذهبنا إليه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عائشة لما رأى من شبهه بعتبة تأول منها وتعلق بهذا سعد وقال ابن أخي عتبه نظر إلى شبه بعتبة فلم يحكم به بذلك ولا رآه معنى موجباً لما ادعاه وقد يتشابه الناس ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب إلى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعدم لمن ينسب إليه وقد قال القاضي أبو محمد في معونته الاعتبار بالشبه في الحاق النسب واجب ولم يبين موضع الحكم بذلك واحتج فيما ادعاه بحديث عائشة هذا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهو عندى دليل على المنع من ذلك بما قدمته واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم في قضية دلال بن أمية إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله عز وجل لكان لي ولها شأن وهذا أيضاً عندى حجة على المنع من ذلك لأنه لم يحكم في شيء من ذلك بالشبه بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم اللعان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله وقد يجوز أن يكون ما قالته عائشة كد معني احتجاب سودة منه فاما أن يوجب ذلك فلا كما لم يوجب ذلك التشابه إلى عتبه وإنما تعلق به عائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن والله أعلم ولذلك ترجح

به عند تساوى الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم مختص به القافة ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة ولو جب أن يستدل به على اثبات الانساب ولا يقصر على الترجيح دون الاستدلال وقد قال بعض أصحابنا إن هذا من الحكم بالذرائع لما تأول في ذلك من أنه حكم بالنسب لعبد وراعى التصريم في جنبه سودة فنعاه الدخول عليها وهذا بعيد لأن هذا أولى ليس من معنى الذرائع وقد فسرنا معنى الذرائع في البيوع وإنما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الخطر على الإباحة وهو وجه قد قال به كثير من العلماء وقالوا إن ذلك كالأمة تكون بين الشرى يكن فانه محرم على كل منهما وطؤها تغليباً للخطر على الإباحة وما قلناه أولاً بين ولو حكم بثبوت نسبه من زمة حكم بإباحة دخوله على سودة ألا ترى أن الرجل ينفى ولده ويلاع عن فينتفى عنه ويحرم بذلك دخوله على بناته ثم يستلحقه فيلحق به ويباح بذلك الدخول على بناته

(فصل) وقوله فارأها حتى لقي الله أمثالاً لأمر النبي صلى الله عليه وسلم وانتهاء إلى حده وامتناعاً مما منع منه لانه لم يثبت بينهما أخوة ولومات سودة لم يرهما لما حكم به في أمرهما إلا أن يثبت نسبه ص بمالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادي عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التميمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشر ثم تزوجت حين حلت فكنت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولداً تاماً فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية فمساءهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حلت فاهر يفت عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أمانه لم يبلغني عنكما إلا خير وألحق الولد بالأول ^ب ش قوله إن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشر أي ربه كرات عدة الوفاة فذكر أيام العدة ولم يذكر الحيض غير أن قول المرأة آخر الحديث فاهر يفت عليه الدماء دليل على أنه كان مع الأربع أشهر وعشر حيضة

(فصل) وقوله ثم تزوجت حين حلت فكنت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر فأتت بولد تام يريد أنه لم يكن على وجه الاستسقاط لأن السقط لا يختص بوقت دون وقت فلو كان سقطاً لم ينكره وأما الولادة فله وقت لا تتقدم عليه ولا تأخر عنه فالحمل الذي لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والدليل عليه ما نبه عليه على بن أبي طالب رضي الله عنه من قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فاقتضى ذلك أن الحمل ستة أشهر (فرع) وأما الذي يراعى في الأشهر قال أكثر أصحابنا ستة أشهر على الإطلاق وقال في العتبية ابن القاسم ستة أشهر ومقدار انفصالها بالأهله فصاعداً ومعنى ذلك أن تكون أشهر مدة الحمل على الأهله بعضها من تسعة وعشرين يوماً فإن ذلك لا يخرجهما عن أن تكون ستة أشهر كاملة وقال مطرف وابن الماجشون في الواضحة أن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو الأول وإن لم يكن بين وطئها اليوم ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كمكثت لوطء الأول بذلك اليوم وهذا يقتضى مراعاة اليوم الواحد في تمام ستة أشهر أو نقصها فعلى هذا يتخرج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء فإن كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم وإن كان بعد الفجر لم تعتد به وعلى قول سحنون يعتبر به ويكون تمام الستة أشهر ذلك الوقت من آخر أيامها والله أعلم وأحكم (فرع) والستة أشهر

* وحدثني مالك عن يزيد بن عبد الله بن الهادي عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التميمي عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن أبي أمية أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشر ثم تزوجت حين حلت فكنت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر ثم ولدت ولداً تاماً فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية فمساءهن عن ذلك فقالت امرأة منهن أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حلت فاهر يفت عليه الدماء فحش ولدها في بطنها فلما أصابها زوجها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك الولد في بطنها وكبر فصدقها عمر بن الخطاب وفرق بينهما وقال عمر أمانه لم يبلغني عنكما إلا خير وألحق الولد بالأول

يختبر آخرها بالسقط والولادة وأما ولها فوق دخول الزوج الثاني أو السيد الثاني بها (فصل) وقوله فأتى زوجها إلى عمر بن الخطاب وذلك يقتضي أنه أنكر الحمل في مثل هذه المدة فذكره ما أنكر من ذلك ولم يعده فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء لما اعتقد من معرفتهم بمثل هذا المقدع من الولادات وتكرز عليهن من ذلك في طول العمر من المعتاد وغيره وهذا يقتضي أنه لم يستنبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين ولذلك احتاج إلى سؤال النساء ويحتمل أنه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض فقالت له منهن من ادعت العلم أنا أخبرك عن هذه المرأة أن زوجها لك عنها حين حلت تريد أول الحمل وقبل أن يقوى فأهرىقت عليه الدماء تريد أنها حاضت الحيضة التي كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر فحش ولدها في بطنها قال عيسى معناه ضعف ورق قال ابن كنانة من رواية محمد بن عيسى أنحش قال وذلك مثل البضعة تلتقي على الجرة فتنبض وذلك الانقباض هو الانحياس وقال صاحب العين حش الولد في البطن إذا بيس والمرأة محش

(فصل) وقولها فلما أصابها الذي نكحها وأصاب الولد الماء تحرك في بطنها فكبير يريد أن الولد يضعف بعدم الماء ويكبر ويقوى إذا أصابه ماء الرجل وان ولد تلك المرأة إنما كان ضعف عن الحركة وصغر لعدم الماء فلما أصابه ماء الرجل الذي تزوج أمه قوى على الحركة وكبر فصدقها عمر بذلك لما تبين له قولها واعتقد أنه لا يكون ولداً أقل من ستة أشهر وإن سبب ما ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك وكل من الولادة ما قالته المرأة

(فصل) وقوله وفرق بينهما وقال أنه لم يبلغني عنكما الاخير يريد فرق بينهما لانه تزوج في عدة ولا يصح عقد في عدة ويفسخ على كل حال وقوله لم يبلغني عنكما الاخير اظهار لقبوله عذرهما وأنه لا يظن بهما الاخير الذي بلغه عنهما وأنه لو ظن بهما غير ذلك من تعدبجهل أو علم لما سلمنا من العقوبة

(فصل) وقوله وألحق الولد بالأول يريد ألحق نسبه له لما لم يصح أن يكون من الثاني وصح أن يكون من الأول لأنه لم يعض من المدة مقدار أقل الحمل ص م مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتراك في فضر به عمر بالدة ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبرك فقالت كان هذا الاحد الرجلين يأتيني وهي في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهرىقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعني الآخر فلا أدري من أيهما هو قال فكبّر القائف فقال عمر للغلام والأيها شئت ش قوله ان عمر كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام يريد انه كان يلحقهم بهم وينسبهم اليهم وان كانوا زنية وروى عيسى عن ابن القاسم في جماعة يسمون فيستلحقون أولاداً من زنى فان كانوا أحراراً ولم يدعهم أحد لفراش فمأولادهم وقد أوطأ عمر من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام الآن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولد للفراش وللعاهر الحجر ففراش الزوج والسيد الحق واللاطة هي الاخلاق قال ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولاداً من الزنا فليبطلوا بهم لانهم يستحلون الزنا في دينهم فجعل ذلك باستعمالهم الزنا وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم اليوم فاستلأط ولداً بزنا في شركه فهو مثل حكم من أسلم في الجاهلية وقال ابن الماجشون

* وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا عمر بن الخطاب قائفا فنظر اليهما فقال القائف لقد اشتراك في فضر به عمر ابن الخطاب بالدة ثم دعا المرأة فقال أخبريني خبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتيني وهي في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى تظن وتظن انه قد استمر بها حبل ثم انصرف عنها فأهرىقت عليه دماء ثم خلف عليها هذا تعني الآخر فلا أدري من أيهما هو قال فكبّر القائف فقال عمر للغلام والأيها شئت

لا يؤخذ بقولهم فيمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية وروى أشهب عن مالك أنه انما يؤخذ بقول القافة فيا يلحق من الولد وأما في بنائها أهل الجاهلية فلا (مسئلة) فمن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصراني لحق به فان عتق يوما كان ولده وورثه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال إلا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به ومعنى ذلك أنهم إذا استحلوا الزنا أو ثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب إلا سلام كالتكاح الفاسد فإذا ادعى ذلك بعد الإسلام حكم له بما تقدم له منه في الجاهلية وانما يلحق به أن لم يكن مدعى ثم أحق به منه (مسئلة) ولا يخلو أن يكون المدعى للولد من قوم بقوا في بلادهم أمابان أسلموا فبقوا في بلادهم أو أقروا فيها بصلح تصالحوا عليه ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة فأقروا فيها ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو يكونوا متصليين عن مواطنهم إلى بلاد المسلمين فان كانوا أقروا في بلادهم في العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك أن كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون فليتوارثوا بقرابتهم بالنسب وروى يحيى عن ابن القاسم في أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح وقاله أشهب قال ويعتبر بذلك بأهل مصر وأهل الشام غلبوا عنوة أيام عمر فآزوا ويتوارثون إلى اليوم (مسئلة) وان كانوا متصليين عن مواطنهم فلا يخلو أن يكونوا عددا كثيرا أو يسيرا فان كانوا كثيرا يبعد عنهم التواطؤ على السكنان كأهل مصر أسلموا أو جاعة لهم عدد فحلبوا إلينا في العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك أنهم يتوارثون بأنسابهم قال ابن القاسم وان كانوا عشرين فأما النفر من سبعة وثمانية فلا يتوارثون قال سحنون لا أرى العشر من عدد يتوارثون فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد اليسير واختلفا في تقديره فعند ابن القاسم ان العشر من في حيز الكثير وعند سحنون في حيز اليسير (فصل) وقوله فأتى رجلان كلاهما يدعى ولدا امرأة أنه ولده يريدانه أتى رجلان كل واحد منهما يدعى ولدا امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الحال التي كان يلاط ولدها به ولعل عمر قد فهم منها وجه ادعاء كل واحد منهما له أنه وجه أشكل به عليه الحكم في أفراد أحدهما به وقد وجد من أحدهما وطؤها بعد الآخر قبل الاستبراء وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون كل واحد منهما وطني بنكاح والثاني أن يكون كل واحد منهما وطني بزنا يلحق فيه النسب فأما إذا كان وطؤها جميعا بنكاح فان أتت به لاقل من ستة أشهر من وطء الثاني فهو للثاني ول وان أتت به لاكثر من ستة أشهر من وطئه ففي المدونة أن وطئها الثاني قبل أن تحيض فهو للاول وان وطئها بعد حيضة أو حيضتين في عدة طلاق أو وفاة فهو للثاني (مسئلة) وأما إذا كان وطء كل واحد منهما بملك اليمين فوطئي الأول ثم وطئي الثاني بعد استبراء من الأول فان أتت به لاقل من ستة أشهر فهو للاول لانه لا يصح حمل من أقل من ستة أشهر وان أتت به بعد ستة أشهر فهو للثاني لانه قد وجد الاستبراء من وطء الأول ويصح أن يكون من وطء الثاني (مسئلة) وان وطئي الثاني بعد الأول دون استبراء من وطء الأول فأتت به لاقل من ستة أشهر فهو للاول رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية وزاد مطرف وابن الماجشون في الواحدة سواء كان سقطا أو تاما حيا أو ميتا ولو لم يكن بين وطئها الا يوم فأما الحمل فلا خلاف عند مالك وأصحابه في اعتبار الأشهر الستة بين الوطئين وأما الاسقاط فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون في ذلك ما تقدم وقال سحنون في كتاب ابنه في وطء الأمة الشريكية أو المتبايعين ان أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها انها تعتق عليهم ما يضمن المشتري الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها ونصف الثمن وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما حملوا عليه الأمة من أنها في ضمان البائع قبل الستة

الأشهر فكما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم تحض فهي من
البائع لان الاستبراء لم يتم والمدة مختصة بالحمل فكل سقط أو ولد يكون فيه فهو له فان كملت الستة
الأشهر فضما منها من المبتاع وكذلك اذا ولدته ميتا كانت به أم ولد لانه قد تعذر النظر اليه لان الذي يولد
ميتا لا يعلم انه لعله قد كان مما يولد قبل ستة أشهر لكنه بقي ميتا فلما لم يعلم ان ذلك وقت ولادته لم يدع له
القافة لانه انما يدعى القافة لما ولد الولادة المعتادة التي يعتبر بها في اثبات النسب فأما الولادة التي لا يعتبر
بها في ذلك فلا مدخل للقافة فيه وانما يعتبر بالوقت خاصة فان كان قبل الستة أشهر فهو الاول وما كان
بعدها فهو الثاني ووجه ما قاله سحنون ان السقط لا يختص بوقت لانه قد يصح أن يكون من شهر
وأقل وأكثر فلما اشتركا فيه وتعذر تميزه والخافه بأحدهما من جهة الوقت أو القافة وجب أن يكون
الامر بينهما فيضمان الأم إذ ليس التزام ذلك أحدهما بأولى من الآخر ولما كان السقط بعد ستة أشهر
يمكن أن يكون من كل واحد منهما ولا يختص بأحدهما ولا يميز أمره بالنظر اليه حمل على أنه منهما
وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر والله أعلم (مسئلة) وان أتت
به لأكثر من ستة أشهر فقد قال ابن القاسم في العتبية تقارب الوطنان أو تباعدا والولد حي فهو الذي
يدعى له القافة وقاله مطرف وابن الماجشون في الواخعة وبه قال مالك والشافعي وروى عن عمر
وابن عباس وأنس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق وروى
عن عمر وعلى بن أبي طالب وقالوا اذا ادعى رجلان ولدا فهو لهما وكانت أم ولد هما فان ادعاه ثلاثة
لم يكن ولدا لهم عند أكثرهم والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
دخل عليها تبرق أسارى ووجهه فقال ألم ترى أن محرزا المدلجي قال في اقدام زيد وأسامة ان هذه
الاقدام بعضها من بعض ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم يلزم التعلق به لما سر به والله أعلم وأحكم
(مسئلة) وان وضعته ميتا قال ابن القاسم في العتبية سقطا أو تاما فان كان بعد ستة أشهر فهو من المبتاع
والولد له وهي أم ولده ولا قافة في الأموات وقال سحنون في السقط انه منهما على ما تقدم وقول ابن
القاسم لا قافة في الأموات يحتمل أن يريد به من ولد ميتا وقد قال سحنون ان مات بعد وضعه حيادى
له القافة إذ لا يغير الموت شخصه ولعله أراد ان الذي يولد ميتا لا يدعى متى مات (فرع) ولو مات أحد
الأبوين فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ورواه ابن سحنون عن أبيه ينظر القافة الى الولد
والباقي من الأبوين فان أحقوه به لحق وان لم يلحقوه به فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه
لا يلحق به ولا بالميت قال ابن حبيب عن أصبغ يلحق بالميت لان الميت أقر بالوطء فلولا وطء الآخر
للحق به من غير قافة فاذا بطل أن يكون من وطء الحى وجب أن يكون للميت والقولان مبنيان على أن
القافة لا تنظر الى ابن ميت وقد ذكر في كتاب ابن سحنون ان القافة لا تلحق باب ميت وقد تقدم قول
سحنون انه ينظر الى الابن بعد أن يموت اذا ولد حيا وقال ان الموت لا يغير شخصه فوجه ذلك عندي ان
الأب من شرط الحاق الابن به أن يدعيه فيجب أن يكون حين الحاق به مدعيه له فاذا مات فقد عدم
ذلك فلم يصح الحاق به والابن ليس من جهة اقرار ولا انكار فجاز أن يكون حين الحاق به حال موته
وأما على قول ابن الماجشون وتعليقه ان الميت من الأبوين لو كان حيا لجاز أن ينفيه عنه القافة فيصح
أن يريد بذلك ان الأب لما لم يصح الحاقه بالقافة دون دعواه لم يصح أن ينفي عنه بالقافة وتحرم بذلك
والذي يتحقق منه ان ادعاء الأب الابن على مذهب ابن الماجشون يجب أن يكون مقارنا لحاق القافة
الابن به وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة به بدعوى مقدمة ويصح أن يريد ابن الماجشون

بذلك ان الميت لا ينظر اليه لان التغيير يلحقه فعلى هذا لا يجوز أن ينظر الى الابن اذا مات وان كان قد ولد حياً

(فصل) وقوله فدعا عمر قائفا فنظر اليهما يريد انه ينظر اليهما والى الولد ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لما لم يجد غيره ويحتمل انه اقتصر عليه لتحقيق جواز الحكم وقد روى ابن حبيب عن مالك انه يجزى القائف الواحد ان كان عدلا ولم يوجد غيره وهو قول الشافعي وعليه جماعة أصحابنا الاماروي أشهب عن مالك انه لا يجزى القائفان وبه قال عيسى بن دينار وجه القول الأول ان هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتي ووجه القول الثاني أنه يختص بسايعه والحكم به بالحكم فلم يجز في ذلك أقل من اثنين كالشهادات وقد قال عيسى لا يجزى من ذلك الا أهل العدل لما كان طريق ذلك عنده طريق الشهادة (مسئلة) ولم يختلف قول مالك وأصحابه في القول بالقافة في أولاد الاماء وأما أولاد الخرائر فالمشهور عنه انه لا يدعى لهم القافة وجه القول الاول انه يجوز أن يشترك السيدان في ملكها ويجوز أن يشترها الرجل ولم تستبرأ من الأول وذلك ممنوع في الحرمة فلما كثرت أسباب الاشتراك في الاماء دون الخرائر اختص أولادهن بحكم القافة ووجه القول الثاني وبه قال الشافعي ان المرأة تلحق ولدها

(فصل) وقول القائف لقد اشتر كافيه يريد انه من واطئين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما فضر به عمر بالدرجة لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة واعتقده من التقصير عن النظر الذي يلحقه بأحدهما

(فصل) وقوله فدعا عمر المرأة فقال اخبريني خبرك على معنى الاجتهاد في طلب الحق لعله أن يجدي قولها ما يقوى الحق عنده أو ما يتسبب به الى معرفة الحق ومثل هذا يلزم الحاكم فانه من وجوه الاجتهاد ان سئل عن الحكم قبل انفاذه ويتسبب الى معرفة الحق أو غلبة الظن من وكل وجه يمكنه ذلك فيه

(فصل) وقول المرأة ان أحدهما كان يأتها ولا يفارقها حتى يظنا أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فأهرقت عليه دماء ثم خلف عليها الآخر فلا أدرى من أيهما هو تريد أنه أشكل عليها أيضا الأمر لان الأول لم يفارقها الا وقد ظنت انها حامل منه ولم تتحقق الأمر ثم أهرقت عليه دماء ثم واقعها الآخر بعد ذلك فأشكل عليها الأمر لانها علمها لم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء وانما أنه دفعة ولذلك لم تقل انها حاضت وانما قالت انها رأت الدم الذي يكون به استبراء ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغايا الجاهلية لانه لم يستبرأ الوطء الاول والثاني الى نكاح ولا ملك يمين وأما في الاسلام فاذا وطئ الثاني بعد حيضة كاملة وأنت به لستة أشهر فهو له دون الاول لان ذلك مسند الى ملك اليمين

(فصل) وقوله فكبر القائف يريد انه لما جاء من خبر المرأة ما يصدق قوله كبر كقول الغالب الذي صحح قوله وتبين فعله فقال عمر للغلام والأيام ما شئت يقتضى أن الغلام ممن يصح منه أن يختار ويميز ويكون له قصد قال ابن حبيب وكذلك قال ابن القاسم ورأى عن مالك في الأمة تأتي بولد من وطء الشريك فيقول القائف له لقد اشتر كافيه فليوال أيهما شاء ورأى ابن حبيب عن مطرف بل يقل للقافة أحقوه بأصحهم به شبهة فقد اشتر كافيه ولا يترك وموالة من أحب وقاله ابن نافع وابن الماجشون قال سحنون وقد قال لي غير ابن القاسم انه ليس له موالة أحدهما اذ بلغ ويبقى ابناهما وجه القول الاول ماروى عن عمر انه قال له وال من شئت منهما ومثل هذه القضية مما يشيع ويتنشر ولم يخالفه أحد من الصحابة فثبت انه اجماع ومن جهة المعنى انه لا يصح الاشتراك في النسب ولذلك لم

يغز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان في ذلك من الشك في النسب ويصح أن يتزوج الرجل
المرأتين لما ينود إلى ذلك فإذا لم يوجد وجه يختص منه باحدهما رد ذلك إلى اختيار الولد فوالى
أحدهما وكان ابنه دون الآخر وإنما يكون ذلك إذا لم يمكن إلحاقه باحدهما ووجه قول مطرف أنه
قد اشترك فيه الرجلان ولكن يلحق بآبائهما شهابه في المعاني التي توجب الإلحاق فيغلب ذلك وأما
التصير فإن الانساب لا تثبت به ولا تأثير له فيها ووجه القول الثالث أن النسب أصله وحقيقته يكون
مخلوقاً من مائه على الوجه الذي يخلق به فلما ظهر الينا أنه مخلوق من مائهما وجب أن يكون ابناهما قال
وسمعت مالكا يقول فإذا قلنا أنه يوالى من شاء فحقى يكون له ذلك روى ابن حبيب عن ابن القاسم
عن مالك أن ذلك إذا بلغ وقال أصبغ وروى ابن زيد عن أصبغ أن ذلك إذا عقل وإن لم يبلغ الحلم
وجه القول الأول أن ذلك وقت تلزمه الأحكام ويحكم عليه بإقراره ووجه القول الثاني أن هذا طريقه
الاختيار فإذا عقل صح اختياره فكان له أن يوالى من شاء (فرع) ومن الذي ينفق عليه إلى
وقت الاختيار روى عيسى عن ابن القاسم ينفقان عليه جميعاً وقال أصبغ النفقة على المشتري
حتى يبلغ حد المولاة وجه القول الأول أنه لما كان موقوفاً لهما لم يكن أحدهما أحق بالاتفاق عليه
دون الآخر فلزمهم ما بالاتفاق عليه ووجه القول الثاني أن للمشتري اليد فكانت عليه النفقة (فرع)
فإذا اتفقا عليه فوالى أحدهما قال عيسى لا يرجع عليه الآخر بما أنفق وقال أصبغ ما أنفق الذي لم
يواله يرجع به على الذي والاه وجه القول الأول أنه أنفق عليه على غير وجه السلف ولم يعتقد الاتفاق
عليه فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والدي واليه ووجه القول الثاني أنه إنما أنفق عليه ليرجع به على
مستحق ولايته كالعبد يوقف فينفق عليه المتدعيان ثم يستحقه أحدهما (مسألة) فإن بلغ وقال
لا وألى واحدا منهما فقال سحنون ذلك له ويكون ابناهما ووجه ذلك أن هذه حال لم يجبر فيها لم يختص
بواحد أحدهما أصل ذلك حال الصغر وهما أحق بولايته من غيرهما فكان ذلك لهما لأنه قد ساوى بينهما
كما والوا لهما ص مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في امرأة غرت
رجلا بنفسها وذكرت أنها حرة فتزوجهما فولدت له أولاداً فقضى أن يفدى ولده بمثلهم قال يحيى سمعت
مالكا يقول والقيمة أعدل في هذا إن شاء الله تعالى ش قوله أن عمر بن الخطاب أو عثمان على وجه
الشك منه أو بمن بلغه ذلك منه قضى في أمة غرت رجلا بنفسها وذكرت أنها حرة يريد أن الأمة قد
تغر من لا يعرف أنها أمة بنفسها وتزعم أنها حرة فيتزوجها فإن علم بذلك والزوج ممن يحكم له بحكم
الارقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق وبعضه والمعتق إلى أجل فإن ولدها رقيق لسيدها ووجه ذلك أنه إن
بيع الأب فحكم الرق يلحقه فكان تبعاً للدائم (مسألة) وإن كان الزوج حراً وقال تزوجهما على
أنها حرة وقال سيدها بل على أنها أمة ففي كتاب محمد الزوج مصدق ويأخذها سيدها وقيمة ولدها يوم
الحكم ووجه ذلك أن الحرية الأصل وأحكامها ثابتة دون اثبات فكان القول قول مدعى ذلك دون
مدعى اشتراط الرق لانه حكم طار لا يثبت إلا بالإقرار (مسألة) وإذا ثبت أنه تزوجهما على الحرية
فاستحققت بالرق فليسدها أخذها وقيمة ولدها وهو معنى ما قضى به عمر أو عثمان إذا قال قضى أن يفدى
ولده بمثلهم وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والسافعي وقال أبو ثور الرقيق ولا قيمة فيهم وجه قول
مالك أن الولد تبع للدائم في الرق والحرية فمن ملك الأم ملك ولدها غير أن الأب لم يتزوجها على حرة
فقد تزوج على حرية ولده فكان له شرطه وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حرية
ومال من اشترطهم لهم (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال مالك على الأب ووجه أن يكون ذلك قيمتهم

* وحدثنى مالك أنه
بلغه أن عمر بن الخطاب
أو عثمان بن عفان قضى
أحدهما في امرأة غرت
رجلا بنفسها وذكرت
أنها حرة فتزوجهما فولدت
له أولاداً فقضى أن يفدى
ولده بمثلهم * قال يحيى
وسمعت مالكا يقول
والقيمة أعدل في هذا إن
شاء الله

يوم الحكم و به قال أبو حنيفة والشافعي قيمتهم يوم ولدوا وقال المغيرة والدليل على ما ذهب اليه مالك أنه إنما اعتبر في قيمتهم صفتهم يوم الحكم لأنهم لم يكونوا في ضمان الأب ولم يكن هذا الحكم مستغنيا عن حاكم فلما احتاج إلى حاكم اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم لأن ذلك من تمام الاستحقاق وقال ابن المواز قد أخطأ من قال القبة يوم الولادة ولو كان ذلك لكان عليه ذلك وإن مات الولد (فرع) وإن كان للولد مال حين التقويم في المدونة يقوم بغير ماله وقد اختلف فيه (مسألة) وهذا إذا كان الأولاد أحياء فإن كانوا قسما أو افلاشي المستحق من قيمتهم إلا أن يكونوا قتلوا فاخذ الأب الدية فقد قال ابن القاسم للمستحق الأقل من قيمتهم أو ما أخذه السيد من دينهم وكذلك لو ضرب بطن الأم فالتقت جنيينا فاخذ الأب فيه غرة وقال أشهب لا شيء على الأب في شيء من ذلك كله وجه قول ابن القاسم أن هذا العوض إنما أخذه الأب بدلا من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم فكان للسيد أن ينتزع من الأب ما أخذ من قيمتهم إلا أن يأخذ أكثر من قيمتهم فلا ينتزعه منهم لأنه لا يستحق إلا القبة ووجه قول أشهب أن القبة إنما تكون للأب بالحكم والحكم لم يدرك الولد فلم يكن للسيد حق فيهم قال محمد وقول أشهب صواب وذهب إلى هذا ابن القاسم أن يقول إن الحكم قد أدرك الدية وللحاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم في الولد لأنها بدل منهم والله أعلم

(فصل) وقوله أن يفدى ولده بمن لهم قد اختلف قول مالك فمين أتلغ شيئا من الحيوان أو العروض التي لا تسكر ولا توزن فقال مرة في ذلك المثل وقد قال ذلك فمين بأعبيرا أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك ثم استثنى المشتري البعير فإن الذي استثناه شيء في جلده يريد مثله ثم قال أو قيمته والقبة أعدل والقول الذي عليه يعتد من مذهب مالك أن في ذلك كله القبة وإنما المثل فيما يكال أو يوزن ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القبة عنده فيه أعدل لأنه أقرب إلى المماثلة (مسألة) إذا ثبت ذلك فإنه لا يرجع على الغار بقية الولد وإنما يرجع عليه بالمهر قاله ابن القاسم وقال الشافعي يرجع على الغار بقية الولد ولا يرجع عليه بالمهر والدليل على ذلك أنه لم يغره من الولد وإنما غره بالنكاح الذي أخذ عوضه المهر (فرع) وهذا إذا كان الغار يعلم أنها أمة فزوجه منها على أنها حرة وادعى أنه ولها ولو أعلم أنه ليس بولي لها ثم زوجه منها لم يرجع عليه بشيء قاله ابن القاسم ووجه ذلك أنه ليس بعاقدة على الحقيقة (مسألة) وإذا غرت الأمة من نفسها فزوجت على أنها حرة فدخل بها فقد قال مالك لا يؤخذ منها المهر و به قال الشافعي وقال ابن القاسم أرى أن يؤخذ منها ما فضل عن مهر المثل ووجه قول مالك أن المهر لم يدخله فساد فلذلك ثبت فيه المسمى ووجه قول ابن القاسم أن النقص بارق قد وجد في العوض فكان للزوج الرجوع بما فضل عنه على عوضه معيبا بعيب الرق

القضاء في ميراث الولد المستلحق

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أفرأى أن فلانا ابنه أن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسان واحد ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ست مائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد أحدهما أن أباه الهالك أقر أن فلانا ابنه فيكون على الذي شهد الذي استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث المستلحق ولو أقر له الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه

القضاء في ميراث الولد

المستلحق

قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يهلك وله بنون فيقول أحدهم قد أفرأى أن فلانا ابنه أن ذلك النسب لا يثبت بشهادة إنسان واحد ولا يجوز إقرار الذي أقر إلا على نفسه في حصته من مال أبيه يعطى الذي شهد له قدر ما يصيبه من المال الذي بيده قال مالك وتفسير ذلك أن يهلك الرجل ويترك ابنين له ويترك ست مائة دينار فيأخذ كل واحد منهما ثلاثمائة دينار ثم يشهد أحدهما أن أباه الهالك أقر أن فلانا ابنه فيكون على الذي شهد الذي استلحق مائة دينار وذلك نصف ميراث المستلحق ولو أقر له الآخر أخذ المائة الأخرى فاستكمل حقه وثبت نسبه

وهذا كما قال ان ملهـب أهل المدينة على ساكنها السلام في الذي يتوفى ويترك ولد بن ويترك ستائة
دينار ان لكل واحد منهم مائة دينار فان قال أحدهما ان أباه أقر لرجل انه ابنه قيل له قد أقررت له
بمال فينظر الى ما في يديك بما كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه اليه لانك مقر له به ولو ثبت نسبه لك كان
لكل واحد منهم مائة دينار وقد أخذ هذا المائة دينار فالمائة الزائدة قد أقر بها المقر به وهذا قال
مالك وقال الشافعي لا يلزمه أن يعطيه شيئاً لأنه أقر له بشئ لا يستحقه الا من جهة النسب ولا يثبت نسبه
ياقرار أخيه وحده اذا كان ثم من الورثة من يرفعه عنه والدليل على ما نقوله ان اقراره يتضمن
شئين أحدهما النسب وهذا اقرار على غيره لأنه لا يثبت بمجرد قوله والثاني اقرار بمال في يده فلزمه
فيه كالتوفى رجل وترك ولداً واحداً فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي وقاسمه المال باتفاق (مسئلة)
وقال أبو حنيفة يلزم المقر أن يدفع اليه نصف ما بيده دون المنكر والدليل على ما نقوله انه انما أقر على
نفسه وعلى أخيه فان المقر يستحق مثل حق كل واحد منهما بما يأيدهما والذي كان يجب له بذلك
من الستائة مائتان فقد أقر له بما بيده بمائة وشهد له على أخيه بمائة أخرى مما بيده فان كان من أهل
العدل وشهد له شاهد آخر بمثل ذلك لم يستحق من يدا المقر له غير مائة ومن يدا المنكر مائة أخرى والله
أعلم وقد اتفقوا انه لو أقر به الأخوان لأخذ حصته من يدا كل واحد منهما (مسئلة) ولا يخفى هذا
الاقرار أن تكون التركة عينا أو عرضاً فان كانت عينا فعلى ما تقدم وان كانت عرضاً مثل أن يترك
المتوفى عبداً أو أمة فأخذ المقر العبد وأخذ أخوه الأمة ثم أقر أحد الأخوين بأخ قال ابن ميسر فهذا
قد أقر بثلاث العبد وثلاث الأمة وقد كان للقر قبل الاقرار نصف كل واحد منهما في الانكار فأقر في كل
نصف وجب له بثلاث ذلك النصف وهو سدس العبد فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد ضمن
لأخيه سدس قبة الأمة وأما ثلث العبد فواجب له لان سدسه كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه
فابتاع ما لا يحل له كمن اشترى شيئاً ثم أقر انه لاخر فليس له اليه فقد وجب له ثلث العبد بكل حال وهو
مخير في سدس الأمة أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذي باعه فيصير له نصف العبد وللمقر
نصف هذا الذي ذكره أحد بن ميسرة وقال أبو أيوب البصري ان قول أهل المدينة أنه يعطيه ثلث
العبد الذي صار له ويضمن له سدس قبة الأمة لانه باع ذلك بسدس من العبد وهو مقر انه لأخيه قال
الشيخ أبو عمر وهذا الذي قاله أبو أيوب هو الصواب وليس فيه تغيير لان الذي أقر له به من العبد اشترى
نصفه بسدس الأمة الذي كان بيد أخيه من العبد الذي كان بيده (مسئلة) فان مات المقر لم يرثه وانما
يرثه أخوه الثابت النسب قاله سحنون في العتية ووجه ذلك ان الاقرار لا يورث به الا مع عدم وارث
ثابت النسب ولهذا المقر أخ ثابت النسب فلا يرثه المقر له قال سحنون ولو لم يكن له وارث غير المقر له
لورثه ولو مات المقر له فقد قال سحنون يرثه المقر به والمنكر له قال يحيى بن عمر يأخذ المقر من تركته
بدأ مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقي بينهما لان المنكر جحد به اياه * قال القاضي أبو الوليد رضي
الله عنه وكان عندي يجب أن ينظر الى ما كان يستحقه بما أخذ المنكر من مال أبيه لو ثبت نسب
المقر له فان كانت مائة دينار أضيفت الى مال المقر له فان كان ذلك ثلاثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة
وخمسين وبقيت خمسون من مال المقر له فوفقت فان أقر به المنكر دفعت اليه وكل بذلك وبالمائة
التي كان يأخذها منه مالواقر به تمام نصيبه من ميراثه وذلك مائة وخمسون فانما المائة دينار التي بقيت
بيده من تركته أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله أقر له الآخر استكمل حقه وثبت نسبه ير يدلان الأخوين قد شهدا له بالنسب وهما

من أهل العدل ويجب على هذا إذا كان أحدهما شاهداً له أن لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه لان النسب يثبت بشاهد يمين ولا يستحق بذلك المال لانه قد استحقه الثابت بالنسب ولم يكن هناك وارث معروف فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يقضى له بالمال لوجه الميراث ثم لا يثبت له بذلك نسب وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب انه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما ثبت به الانساب وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا ويأتي من يدعي انه ابنه فيقيم شاهداً واحداً فعلى قول ابن القاسم يحلف ويستحق المال دون النسب وعلى قول أشهب لا يستحق شيئاً وجه قول ابن القاسم انه قد ينفصل المال من النسب وكذلك إذا أقر أحد الورثة بولد واستحق ما يتضمنه اقراره بما في يده من المال ولا يثبت بذلك نسبه ووجه قول أشهب ان هذا المال انما يستحق من جهة النسب فاذا لم يثبت النسب لم يستحق شيئاً من جهته كسائر أسباب الاستحقاق وليس ههنا مقر بحق ينه رده فله من نسبه وانما يدعي حقاً ثابتاً لجامعة المسلمين فلا سبيل له اليه الا بعد اثبات النسب الذي يستحق به والله أعلم وأحكم

ص **قال مالك وهو أيضاً بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها** وأعلى زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع الى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم ان كانت امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وان كانت ابنة ورثت النصف دفعت الى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقاربه من النساء **قال مالك وان شهد رجل** على مثل ما شهدت به المرأة ان فلان على أبيه ديناً أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لأن الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فان لم

من أهل العدل ويجب على هذا إذا كان أحدهما شاهداً له أن لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه لان النسب يثبت بشاهد يمين ولا يستحق بذلك المال لانه قد استحقه الثابت بالنسب ولم يكن هناك وارث معروف فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يقضى له بالمال لوجه الميراث ثم لا يثبت له بذلك نسب وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب انه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما ثبت به الانساب وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا ويأتي من يدعي انه ابنه فيقيم شاهداً واحداً فعلى قول ابن القاسم يحلف ويستحق المال دون النسب وعلى قول أشهب لا يستحق شيئاً وجه قول ابن القاسم انه قد ينفصل المال من النسب وكذلك إذا أقر أحد الورثة بولد واستحق ما يتضمنه اقراره بما في يده من المال ولا يثبت بذلك نسبه ووجه قول أشهب ان هذا المال انما يستحق من جهة النسب فاذا لم يثبت النسب لم يستحق شيئاً من جهته كسائر أسباب الاستحقاق وليس ههنا مقر بحق ينه رده فله من نسبه وانما يدعي حقاً ثابتاً لجامعة المسلمين فلا سبيل له اليه الا بعد اثبات النسب الذي يستحق به والله أعلم وأحكم

ص **قال مالك وهو أيضاً بمنزلة المرأة تقر بالدين على أبيها** وأعلى زوجها وينكر ذلك الورثة فعليها أن تدفع الى الذي أقرت له بالدين قدر الذي يصيبها من ذلك الدين لو ثبت على الورثة كلهم ان كانت امرأة ورثت الثمن دفعت الى الغريم ثمن دينه وان كانت ابنة ورثت النصف دفعت الى الغريم نصف دينه على حساب هذا يدفع اليه من أقاربه من النساء **قال مالك وان شهد رجل** على مثل ما شهدت به المرأة ان فلان على أبيه ديناً أحلف صاحب الدين مع شهادة شاهده وأعطى الغريم حقه كله وليس هذا بمنزلة المرأة لأن الرجل تجوز شهادته ويكون على صاحب الدين مع شهادة شاهده أن يحلف ويأخذ حقه كله فان لم

يخلف أخذ من ميراث الذي أقر له قدر ما يصيبه من ذلك الدين لأنه أقر بحقه وأنكر الورثة وجاز عليه إقراره ❦ ش وهذا كما قال أنه ان شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة أن لهذا الغريم على ابنه ديناً وكان الشاهد من أهل العدل فإن الغريم يخلف مع شهادته ويستحق جميع الدين الذي شهد به شاهده وإن كان الشاهد انما أورد ذلك على سبيل الإقرار فإنه لا ينافي الشهادات ويخالف ذلك المرأة فإنه لا يخلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل فيخلف مع شهادتهما فإن أبي الغريم أن يخلف استحق على المقر له من دينه بقدر حصته من الميراث ولم يصح في استحقاق ذلك إلى يمين وكذلك لو كان المقر غير عدل لاستحق عليه من دينه بقدر حصته من الميراث ومن ادعى عليه العلم من الورثة وأنكر ذلك في حقه لم يمتد اليمين إذا لم يرد المدعى أن يخلف مع شاهده والله أعلم

❦ القضاء في أمهات الأولاد ❦

ص ❦ مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلونهم لا تأتيني وليدة يعتز في سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها فأعزلوا بعد ذلك أو أتركوا ❦ ش قوله ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يعزلونهم على وجه الإنكار لمن فعل ذلك وقوله يعزلونهم يحتمل معنيين أحدهما العزل عنهم وهو وإن كان غير محرم في الأماة فإن غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفي عن نفسه ما أتت به من ولد وقدر روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فممن أقر أنه يطأ جاريته ويعزل فإن الولد يلزمه أن لم يدع استبراء ووجه ذلك أنه لا يتيقن حقيقة العزل وقد يغلبه أول الماء أو اليسير منه ولا يشعر به وقال موسى بن معاوية عن ابن القاسم ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم يلزمه الولد ووجه ذلك أن عدم الانزال متيقن ولا يصح معه ولد (مسئلة) ولو قال كنت أطأ بين الفخذين فأنزل في كتاب ابن المواز يلزمه الولد في الأمة ولا يلتمع في الحرة وهذا يحتمل معنيين أحدهما أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج فإن الماء يصل إليه قبل التغير والاستحالة فيلحق منها الولد وهذا يبعد عندي لأنه لو جرت العادة بخلق ولد من منى لم ينزل في الرحم لما لم يظهر بها جل حدلان من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليها أحد فيصح أن يكون الولد من غير جماع وهذا باطل باتفاق والمعنى الثاني أن مثل هذا يكثر فيه الوهم والغلط ولا يكاد يتحققه الواطئ في بعض الأوقات

(فصل) والمعنى الثاني الذي يحتمله قوله يعزلونهم أن يريد بابعزالهن في الوطء الإزالة لهن عن حكم التسري على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء وانما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحمل عنه إلى غيره وبما إذا يكون ذلك المشهور من المذهب أن الاستبراء بالحيض وفي كتاب ابن سحنون عن المغيرة لا تبرأ منه إلى خمس سنين ووجه القول الأول أن الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين وإن لم يكن بعده وطء لغيره كما لو أعتقها أو وهبها لامرأة ووجه القول الثاني أن الوطء المباح الذي يلحق به النسب لا يبطل حكمه الحيض دون وطء ينسب إليه الحمل أصل ذلك الوطء بالنكاح (فرع) فإذا قلنا أن الاستبراء يبطل حكم الوطء فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أنه يجزى من ذلك حمضة واحدة قال سحنون وهو الذي ثبت عندنا عن مالك وروى عبد الملك عن مالك ثلاث حمض واليه يرجع المغيرة ووجه القول الأول أن هذا استبراء في وطء بملك اليمين فأجزأ في ذلك حمضة واحدة كالأستبراء في البيع والشراء ووجه القول الثاني أن الحيض إذا

يخلف أخذ من ميراث
الذي أقر له قدر ما يصيبه
من ذلك الدين لأنه أقر
بحقه وأنكر الورثة وجاز
عليه إقراره
❦ القضاء في أمهات
الأولاد ❦

❦ قال يحيى قال مالك عن
ابن شهاب عن سالم بن
عبد الله بن عمر عن أبيه
أن عمر بن الخطاب قال ما
بالرجال يطؤون ولائهم
ثم يعزلونهم لا تأتيني وليدة
يعترف سيدها أن قد ألم
بها إلا ألحقت به ولدها
فأعزلوا بعد ذلك أو
أتركوا

لم يقرن به انتقال من الملك لضعف فلا يقع للمرأة منه الا بثلاث حيض وأما الحيضة الواحدة فانما يقع
البراءة بهامع الانتقال الى ملك ولذلك تأخير الأثرى أن الزوج اذا طلق امرأته فتعتد بثلاثة أقراء
وتزوج بعده فتأتى بولد لسته أشهر من وقت نكاح الثاني فلا يلحق بالأول ولو لم ينتقل الى ملك زوج
آخر وأتت بولد لتلك المدة وأبعد منها ألحق بالأول (فرع) وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء بين
قال سحنون والذي ثبت عندنا عن مالك أن لا يمين عليه وروى عبد الملك عن مالك أنه يخلف مع
ادعائه الاستبراء بثلاث حيض وقد أنكر ابن المواز ما انفرد به عبد الملك من اليمين وقد روى ابن
مزيين عن عيسى عليه اليمين اذا ادعى الاستبراء وجه الرواية الأولى ان الاستبراء معنى يثبت للسيد
حكم الانتفاء من الولد فلم يلزم السيد اثباته باليمين وكان قوله فيه مقبولا لنفي الواطئ أولا وجه الرواية
الثانية ان اقراره بالوطء معنى يلحق به الولد فلم ينف عنه اليمين في الزوجية في الأحرار اما كان عقد
النكاح يلحق الولد بالزوج لم ينفعه اليمين وهو اللعان فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها يقتضي انه لا يلزمه ولدها بكونها في ملكه
ولكن باعترافه انه قد وطئها وهو معنى المصاهرة فاذا اعترف السيد بوطء الأمة وثبت ذلك من
اعترافه صارت الأمة فراشاه ولم يه كل ولد أتت به الا أن يقول قد استبرئت بعد الوطء على ما تقدم
(مسألة) فان ادعى عليه الاقرار بالوطء أو بالولد وأنكر ذلك فقد قال أشهب لا يمين عليه في شيء
من ذلك كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا ووجه ذلك أن الايمان في نفي النسب لا يتعلق بمجرد
الدعوى وكذلك كل يمين يتعلق بها حكم في جنسين فلا يجب بمجرد الدعوى كالطلاق والعتق
(مسألة) فان شهد اقراره بالوطء شاهد في كتاب ابن المواز يلزمه اليمين وفي غيره اذا قام شاهد
على اقراره بالوطء وشهادة امرأته بالولادة فلا يمين عليه وقد قيل يلزمه اليمين قال وانما تجب اليمين اذا
شهدت امرأتان بالولادة وشاهد على اقراره بالوطء أو امرأته على الولادة وشاهدان على اقراره بالوطء
وجه رواية ابن المواز ان ههنا معنى يقتضي نفي الاسترقاق فاذا شهد به شاهد لزم السيد اليمين على نفيه
كالعتق ووجه الرواية الثانية أن ههنا فصلين أحدهما الاقرار بالوطء والثاني الولادة ولم يثبت أحدهما
ولو أقرب بأحدهما ونفي الآخر لم يثبت به النسب فلذلك لم يلزم اليمين لضعف البينتين (مسألة) وان
لم ينكر الوطء ولكنه أنكر الولد لانه قال وجدت معها رجلا وصدفته وأثبت الزنا بأربعة شهداء فلا
ينفي الولد بذلك وان كان يعزل عنها حتى يدعى الاستبراء حكاه ابن المواز ووجه ذلك ان وطء الزنا
لا يلحق به نسب فلم يكن له حكم الوطء وكان الوطء الذي يلحق به النسب وهو وطء السيد أولى بالولد
كما لو انفرد

وحدثني مالك عن

(فصل) وقوله لا تأتيني وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا لحقت به ولدها يراد رضي الله عنه
ألحقت بالسيد المقر بالوطء ومعنى ذلك ان أتت به لمدة الحمل من وقت الوطء الى وقت الاستبراء قال
سحنون أجمع أصحابنا انه اذا أقرب بوطء أمة لم يمت ما أتت به ولو الى أقصى حمل النساء الا ان يدعى استبراء
لم يمس بعده فلا يلزمه ما أتت به بعد الاستبراء الا ان تأتى به لأقل من ستة أشهر لم يلزمه ووجه ذلك ان
استبراء السيد منع الحاق النسب به فلا يلحق به بعده الا ولديتيقن انه قد وجد قبل الاستبراء وذلك ان
يأتى لأقل من ستة أشهر لم يلحق به

(فصل) وقوله فاعزلوا بعدوا وانكروا اعلامهم بأن ما يأتون به بعد من العزل لا منفعة لهم فيه ولا ينتفي
بذلك ولد عنهم ولم يرد بذلك التخيير لهم بين الفعل أو الترك وانما أراد به ما قدمناه ص مالك عن

نافع عن صفية بنت أبي عبيد أنها أخبرته أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يدعونهم يخرجون لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا قد ألحقت به ولدها فارس لو هن بعد أو أمسكوهن **ش** قوله ما بال رجال يطؤون ولائهم ثم يدعونهم بعد يخرجون يحتمل أن يريد به الخروج والتصرف في الخدمة التي لا تتصرف في مثلها السراري تحفظا بهن فان من تسرى بأمة منعها الخروج جلة أو منعها منه مما يتق عليها فيه من التصرف في المواضع المخوفة التي لا يؤمن عليها فيها وفي كتاب ابن سحنون عن مالك فيمن يطأ الجارية ثم يرسلها الى السوق في حوائجها لا بأس بذلك والمرأة الحرة تخرج لحاجتها ومعنى ذلك الخروج المعتاد الى السوق والمواضع المأمونة التي فيها جماعة الناس فلا يمكن الانفراد بها ولا مخادعتها وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان اذا وطئ أمة جعلها عند صفية بنت أبي عبيد حتى يظهر بها حمل أو يبيض يحتمل أن تكون هذه الأمة قبل ذلك ممن لا تسكن أهلها بل تتصرف بالتكسب لصنائع والعمل أو تكون مع جلة أمة في غير دار سكناه مع زوجها صفية فاذا وطئها ضمهها الى دار زوجها صفية المذكورة لأنها أحسن لهن وأمكن من التحفظ بهن ويحتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج فاذا وطئها منعها ذلك ولم تهم هذه الدار التي يمكن فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ما هي عليه من حمل أو براءة رحم يبيض فعلى هذا التأويل الثاني يحتمل أن يريد عمر ثم يدعونهم يخرجون المنع من الخروج جلة **ص** قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في أم الولد اذا جنت جنايتها عليه أن يحمل من جنايتها أكثر من قيمتها **ش** وهذا كما قال ابن أم الولد اذا جنت ضمن سيدها الجناية وليس له أن يسامها لانه ليس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم في جناية ولا بيع ولا معاوضة ولا هبة ولا غيرها الا بالعتق الذي يسقط ما بقى له فيها من الاستمتاع والمنفعة دون التصرف في رقبتها وفي هذا خمسة أبواب **ب** أحدها في ماذا تصير الأمة به أم ولد **ج** والثاني في أنه لا يجوز أن يملكها غيره **د** والثالث في حكم ما بقى له من المنفعة والتصرف فيها وفي ولدها **هـ** والرابع في حكم مالها في جناية **و** والباب الخامس في حكمها وحكم ولدها وحكم مالها اذا توفي

(الباب الاول في ماذا تصير الأمة به أم ولد)

في كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك وفي كتاب ابن حبيب عن مطرف عن مالك تكون أم ولد بكل ما أسقطته اذا علم أنه مخلوق وفيه تجب العرة وهذا أحد قولي الشافعي وقال أشهب اذا طرحت دما بمجتمع أو غير مجتمع فلا تكون به أم ولد فاذا صار علقته خرج من حد النطفة والدم المجتمع وهو أحد قولي الشافعي وقال ابن القاسم في المدونة وغيرها وان لم يتبين شيء من خلقه اتفق النساء انه ولد مضغة كان أو علقه أو دما وجه القول الاول ما رواه ابن وهب عن مالك انه لا يحكم بما يرخيه الرحم بأنه ولد الا اذا ظهر خلقه وصورته وهو الذي اختار الطبري أن يكون معنى مخلقة مصورة واليه ذهب الشافعي وأما الدماء فقد تخرجها حيضا وغيره فلا يكون ذلك دليلا على الولد وقد قيل ذلك في قوله تعالى مخلقة وغير مخلقة فيكون مخلقة وغير مخلقة من نعت الصورة وروى عن ابن مسعود سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو الصادق المصدق يجمع خلق أحدكم في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقه أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما ثم يبعث الله ملكا فيقول أكتب عمله وأجله ووزقه وشقي أو سعيد وقال ابن عمر اذا وقعت النطفة في الرحم بعث الله ملكا فيقول يارب مخلقة أو غير مخلقة فان قال غير مخلقة محبتها الارحام دما وان قال مخلقة قال يارب

نافع عن صفية بنت أبي
عبيد أنها أخبرته أن عمر
ابن الخطاب قال ما بال
رجال يطؤون ولائهم
ثم يدعونهم يخرجون لا
تأتيني وليدة يعترف
سيدها أن قد ألم بها الا قد
ألحقت به ولدها فارس لو هن
بعد أو أمسكوهن **ش** قال
يحيى سمعت مالكا يقول
الأمر عندنا في أم الولد اذا
جنت جنايتها ضمن سيدها
ما بينها وبين قيمتها وليس
له أن يسامها وليس عليه أن
يحمل من جنايتها أكثر
من قيمتها

ماصفة هذه النطفة أذ كرام أنتى مارزقها وما أجملها فعلى هذا المخلقة من صفة النطفة فما كان مما
ترخيه الأرحام مما لم يخلق بعد وليس بولد فلا تكون به أم ولد ووجه قول أشهب أن الدماء قد ترخيا
الأرحام ولا يكون ولدا كالحيض والاستحاضة فلا يكون شئ من ذلك ولدا وإنما يكون الولد المضغة
لأنه لا يبلغ هذا الحد إلا بما يكون ولدا ووجه قول ابن القاسم أنه قد يعرفه النساء بكثرة وأحواله فإذا
كان يعرف تثبت به حرمة أم الولد كالمضغة (مسئلة) ولو أقر بالوطء السيد وقال له لم تلدى هذا
الولد فى كتاب ابن الموز قال مالك هذا لا يخفى على الجيران وقال مرة أخرى وهى مصدقة وقال
فى موضع آخر هو بها لاحق وإن لم يعرف الجيران منها جلا ولا ولادة ولا طلقا إذا كان معها الولد وإن لم
يكن معها ولد فقالت أسقطت أو ولدت فلا تصدق إلا بأمر آتين عادلتين على الولادة ولا يلزمه بواحدة
الإيمان عند أشهب

(الباب الثانى فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها)

هو مذاهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وجماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين وقد تقدم فى تفسير
حديث أبى سعيد الخدرى فى غزوة بنى المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما يغنى عن
إعادته والدليل على ذلك إجماع الصحابة روى الشعبي عن عبيدة السلماني قال خطبنا على بن أبى
طالب فقال رأى أبوبكر رأيا ورأى عمر رأي اعتق أمهات الأولاد حتى مضى السيل ما ثم رأى عثمان
ذلك ثم رأيت أنا بعد بيعته فى الدين فقال عبيدة فقلت لعلى رأى أبوبكر ورأى أبى بكر وعمر وعثمان فى
الجماعة أحب إلينا من رأىك بأنفرادك فى الفرقة فقبل منى وصدقنى فوجه الدليل أنه أخبره أن رأى
أبى بكر وعمر وعثمان بالمنع من بيعه كان فى وقت جماعة ولم يخالفوا فيه فثبت أنه إجماع ووجه آخر
أنه قال رأى فى بيعه فى الدين خاصة فهذا يقتضى أنفرادهم بهذا القول ثم صدقه وقبل منه فى إثبات
القول الأول فتجدد بذلك الإجماع أيضا فى زمن على رضى الله عنه وبه قال سحنون ولما كشف عن
أمرهن عبد الملك أخبره ابن شهاب أن المسور قال إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيعن فى دين
ولا يعتقن من ثلث وفيه غضب سعيد على الزهرى حين حدث بعهدينه عبد الملك وقال مالك أنه حدثه
ابن المسيب قال إن عمر أعتقهن ومن جهة المعنى أن الأمة إذا حلت حرم بيعها لأجل الجنين الذى هو
فى حكم عضون أعضائها ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها ولا تفرد بالبيع دونه فسرى إليها حكم
الحرية كما كان يسرى من تعليق العتق على عضون أعضائها ودليل آخر من جهة القياس أنها
حلت بغير فسخ ذلك بيعها أصله إذا أراد بيعها وهى حامل (مسئلة) وسواء كان عليه دين
يحيط بماله أولادين عليه فى ثبوت هذا الحكم لها وهذا إذا كان السيد حرا مسلما فإن كان غير حر
فى كتاب ابن الموز قال محمد وأحب إلى فى ذلك فى أم الولد المكاتب والمدبران عتق وهى فى ملكه
أن تكون به أم ولد وإن لم يكن لها الآن ولد كان ما تقدم لها سقط أو ولد وذكرا بن سحنون عن أبيه
وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك فى المكاتب دون المدبر قال والفرق بينهما أن للسيدة انتزاع أم ولد
المدبر عند مالك وإن لم تكن حاملا يريدون المدبر وليس ذلك له فى المكاتب وأيضا فليس للمكاتب
بيعها بأذن السيد الآن يخاف العجز وللدبر بيعها بأذن السيد وقال أشهب وعبد الملك لا تكون
أم ولد بما ولدت بعد عقد التدبير والكتابة والعتق المؤجل وإن ولدت بعد تمام الحرية فى الاب لا
أن للولد حكم الاب وقال القاضى أبو محمد فى أم الولد المكاتب خلاف لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من
غير دين وهذا يدل على أنها لا حرية لها بالاستيلاء وقول آخر أنه ليس له بيعها الآن برهقه دين قال

فوجه الر واية الاولى ان حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها لأنه يعتق بالاداء ويرق بالعجز فلذلك لم
يثبت لها حرمة الاستيلاد وجاز له بيعها ووجه الر واية الثانية انه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة
* قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وجه الر واية الاولى عندى ان ملك سيدها لم يكمل فلم تحصل أم
ولدها باستيلادها في تلك الحال كالامة للعبد القن ووجه الر واية الثانية ان سيد المكاتب ممنوع من
ماله لعقله عتقه فيثبت للأم ولده حرمة الاستيلاد كالعتق المبتل (مسئلة) وأما أم الولد المبرق فقد
تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها وقال القاضي أبو محمد فيها عن مالك روايتان احدها ثبوت
الحرمة لها والثانية نفيا عنها ووجه ثبوتها انه يبيع لابنه في عقد العتق الذي يثبت له فوجب أن
لا يثبت لأمه به الحرمة كولد المكاتب ووجه الر واية الثانية ان أباه لم يثبت له من العتق ما يمنع به
سيده من ماله فلم يثبت لأمه به حرمة الاستيلاد كذلك العبد القن (فرع) قال القاضي أبو محمد فاذا
قلنا ثبتت لها حرمة الاستيلاد لم يكن لسيدته انتزاعها منه حاملا كانت أو غير حامل فاذا انفينا عن حرمة
الاستيلاد فان للسيد انتزاعها قولا واحدا لأن الولد داخل في تدبير أبيه ومثل هذا توجه من الخلاف
في أم ولد المعتق الى أجل لأن محمدا قال ان قول مالك قد اختلف في انتزاع أم ولده منه (مسئلة)
اذ ثبت ذلك فانما تكون أم ولد بمثلته لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير والكتابة أو
العتق المؤجل فان ولدته لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد قاله ابن المواز وقال في موضع آخر الا أن
يملك المكاتب ما في بطن أمته الحامل في الكتابة فانها تكون به أم ولد وقال أشهب وعبد الملك انما
تكون أم ولد بمثلته ستة أشهر من يوم عتق أمه ولا تكون أم ولد بمثلته لأقل من ذلك قال لأن
الولد لم يملكه الاب وقد جرى منه فيه لغيره حرية فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الاب (مسئلة)
وانما تكون أم ولد اذا حلت بملك اليمين فاذا حلت بنكاح أو ولدت بنكاح فلا تكون بذلك أم
ولد وقال أبو حنيفة ان اشتراها الزوج بعد ان ولدت فانها تكون به أم ولد والدليل على ذلك انه
سبب عتق لم يحصل لها بالولادة فلم يحصل لها بالشراء كعتق الكتابة والتدبير (مسئلة) وأما
اذا حلت بنكاح وولدت في ملك اليمين كالرجل يتزوج الامة فحصل منه ثم يشترىها وهي حامل فلا
يخلو أن تكون الامة لأبيه أو لغيره فان كانت لأبيه لم تكن به أم ولد لأنه قد أعتق على جده ولم يملكه
أبوه وقد قال محمد فيمن اشترى زوجته بعد أن أعتق السيد ما في بطنها ان شرائه جائز وتكون بما
تضع أم ولد لأنه انما أعتق ابنه بالشراء ولم يصبه عتق السيد اذ لا يتم عتقه الا بالوضع لأنه يباع عليه في
فلسه ويبيعه ورثته قبل الوضع ان شاء وان لم يكن عليه دين والثالث يجعلها ولو ضربها رجل فألقت
جنينها فانما فيه ما في جنين أمة ولو كان بعد ان اشتراها الزوج فانما فيه جنين حرة (مسئلة) فان
كانت لغير أبيه فانها تكون أم ولد لأنه قد ملك ابنه فعتق عليه فهذا قد حلت به أمه في النكاح ووضعته
في ملك اليمين وقال الشافعي لا تكون به أم ولد والدليل على ما نقوله ما تقدم من أنها وضعت في ملك
اليمين فكانت به أم ولد كما لو حلت به في ملك اليمين

(الباب الثالث في حكم ما بقى له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها)

وذلك ان السيد بقى له في أم ولده الاستمتاع وروى ابن المواز عن ابن القاسم ليس للرجل في أم
ولده ان يعتقها في الخدمة وان كانت دينية وتبتل الدينية في الخواص الخفيفة مما لا يتبدل فيه الرفعة
وقال القاضي أبو محمد استخدمها بما يقرب ولا يشق وقال أبو حنيفة والشافعي له فيها الخدمة والاستمتاع
* قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهو الاظهر عندى لأنه المقصود من ملكها وهي باقية على حكم

ذلك الملك وانما منع من تملكها غيره ووجه آخر وهو انه لا خلاف ان السيد استخدم ولد أم الولد وحكمهم بحكمه لان كل ذات رحم فولدها بمنزلتها في الرق والحرية فعلى هذا يكون له استخدام الام ووجه ما يتعلق به مالك واصحابه في نفي استخدامها انها ممنوعة من بيعه لها ولا تعتق في ثلثه فلم يكن له استخدامها كالحره (مسئله) وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده قال الشيخ أبو بكر انما كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده لانه ليس له فيها الا الاستمتاع دون سائر المنافع فكره له أن يزوجه وان رضيت * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى أنه شبهها بالزوجه التي ليس له فيها الا الاستمتاع ولا يجوز لها أن تزوج مع بقاء ذلك السبب قال ابن حبيب يكره له أن يزوجه الا أن يخاف عليها وهذا أخذ جميع اصحاب مالك (فرع) فان زوجهها فقد قال ابن القاسم في المدونة لا أفسخه وقال الشافعي في أحد أقواله لا يجوز له أن يزوجه والدليل على ما نقوله انه ولي لها فجاز نكاحها كما لو نفذت عتقها وكل (مسئله) واختلف قول مالك في اجبارها على النكاح وقد قال ابن حبيب في واخته له أن يكره أم ولده على النكاح واختلف فيه قول مالك وثبت على انه لا يزوجه الا برضاها وجه القول الاول انها أمة يملك الاستمتاع بها يملك الميمن فلك اجبارها على النكاح كالأمة القن ووجه القول الثانى انها ثبت لها سبب حرية يمنع رهنها واجارتها فوجب أن يمنع اجبارها على النكاح كالمكاتبة وقد قال الشافعي بالقولين جميعا (مسئله) وعلى السيد الانفاق على أم الولد فان أعسر فهل تعتق عليه للاعسار بالنفقة أم لا وفي كتاب الرق لا تعتق عليه وبه قال جماعة من القرويين وقال أبو بكر بن اللباد سألت عنها يحيى بن عمر وقلت له تعمل وتنفق على نفسها قال لا ان لم يكن في نفقتها ما يكفيها قال يحيى بن عمر أرى أن تعتق قال أبو بكر وكذا قال أشهب ورواه عنه الأندلسيون وقال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه اذا أعسر بالنفقة أو غاب ولم يترك ما لينفق له عليها وجه القول الأول ما احتج به القرويون انها تتوصل الى تحصيل نفقتها مع ابقائها على ملكه بأن تزوج ممن ينفق عليها وهذا فارق الزوجة فانها لا تتوصل الى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقاءها على ملكه ووجه القول الثانى انها بقيت على الرق فجاز أن يزول ملكه عنها بالا عسار كالأمة وأيضا فانه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجه (فرع) ولو غاب عنها سيدها فلم يترك ما ينفق عليها فقد قال أبو بكر بن عبد الرحمن تعتق عليه ولا يزوجهما الحاكم لان زواجهما مكروه ولا يؤمر به السيد فكيف يؤمر به الحاكم وقال غيره من القرويين تزوج عليه ان كان غائبا يزوجهما هو ان كان حاضرا وعجز عن الانفاق عليها والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع في حكم مالها في حياته)

فان للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض لانها باقية على ملكه بقاء تستحق به النفقة ويبيع له الاستمتاع بها فكان له انتزاع مالها أصل ذلك الأمة حال الرق وليس له انتزاع مالها اذا مرض على ما في المدونة وقال القاضي أبو محمد اذا اشتد مرضه لم يكن له انتزاعه كما ليس له اخراج ماله في المرض المخوف ابقاء على ورثته لقرب وقت استحقاقهم له كالمعتق الى أجل لسيدته أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ووجه ذلك عندى أن من تقرر ملكه على مال بموت انسان فانه لا يملك انتزاعه منه في مرضه كالوارث (مسئله) وان أفلس السيد في المدونة ليس لغرمائه أخذ مال أم ولده ولا أن يجبروا السيد على ذلك والسيد أن يأخذ لنفسه أو لقضاء دينه ووجه ذلك ان انتزاع مال أم الولد يملك لما يملكه باختياره ليقضى به دينه وذلك مما لا يجبر عليه السيد كقبول الهبة والوصية

(الباب الخامس في حكمها وحكم ما لها بعد موته)

أما حكمها بعد موته فأنها تعتق بموته من رأس ماله وإن كان عليه دين يحيط بماله فأنها حرة وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته فأما إذا توفي وهي حامل ففي العتية عن أشهب عن مالك وفي الواضحة عن مطرف أنه إن كان الحمل بينا فقد تمت حرمتها في الشهادة والمواريثة والقصاص وغير ذلك قيل له قد يظهر البطن ويقول النساء هو حمل ثم ينفس فقال إذا ظهر واستوفى تمت حرمتها قبل أن تضع رواه ابن القاسم عن مالك وقيل عن المغيرة توقف أحكامها وجه القول الأول أن الموجب كمال حرمتها بتيقن الحمل بها مع موت السيد وقد وجد فوجب أن يحكم بكامل حرمتها ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفساشه كالخض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل وإن كان يجوز وجود الحمل مع وجود الخض وتكرره ووجه القول الثاني ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفس فلا يكون له حكم الحمل إلا بالولادة أو الاسقاط فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم (مسئلة) فإذا توفي السيد فالأم الولد تبسح لها لأن كل معتق يتبعه ماله لأنه خارج من ملك إلى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده وأما ما كان لها من حلي أو متاع ففي العتية من سماع ابن القاسم أنه لها الأمر المستنكر وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها في حياة السيد وإن لم يكن لها بينة على أصل العطية ومعنى ذلك عندي أن ما كان في ابتدائها ولبسها فهو الذي يكون لها منه ما لا يستنكر لأن ظاهر لبسها له وابتدائها يقتضي أنه عن ملك وأما ما يستنكر مثله مما يعلم أنه يقصد به الهبة وإنما يقصد به أن تلبسه وتجميله فإن عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكه بأي وجه فأنه يكون لها ما كان وقال أشهب عن مالك في العتية ما أعطاهما سيدها من حلي وثياب فذلك لها إذا مات وما أودعها من متاع البيت كلفت البينة وإن كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة وأما الفراش والحلي واللحف والثياب التي على ظهرها فذلك لها يريد ما يعلم أنها تستغني عنه في لباسها وابتدائها فذلك لها دون بينة ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت إلا ببينة والله أعلم

(فصل) وقوله إذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها الضمير في قوله بينها راجع إلى الجناية وفي قوله قيمتها راجع إلى أم الولد الجانية يريد أنه يلزمه أن يفتديها بالأقل من ارش جنايتها أو قيمتها لأنه لما لم يكن له أن يملكها غيره لم يكن له أن يسلمها ولو كانت أمة لكان له أن يفتديها بارش الجناية أو يسلمها بغيرها لأنها بدل منها عند تعذر إسلامها (فرع) واختلف أصحاب مالك في تقويمها فقال أشهب في الموازية قال الغني ابن القاسم والمغيرة في أم الولد وإنما عليه قيمتها يوم جنت فرجع ابن القاسم وتمادى المغيرة وإنما عليه قيمتها يوم الحكم (فرع) فإذا قلنا أنها تقوم فهل تقوم بماله أو بغير ماله قال ابن المواز عن أشهب عن مالك تقوم بغير ماله ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك وروى البرقي عن أشهب عن مالك تقوم بغير ماله وأنا أرى أن تقوم بماله وبه قال المغيرة وعبد الملك وجه القول الأول أن الأمة الجانية إذا لم تسلم لملكها المجنى عليه لم يكن للجناية بها تعلق بماله ألا ترى أنه لو قتل عبدا فاقص منه فإن ماله يبقى لسيدته ولا خلاف في ذلك في قوله أصحابنا ولو عفا عن قتله وأسلمه لملك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم فرة قال يتبعه ماله وبه قال عبد الملك وأشهب ومرة قال لا يكون ماله تبعاله فلما كانت أم الولد إذا جنت لم تسلم لم تعلق الجناية بماله ووجه القول الثاني ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت حرة لقومت أمة فأسبت لأسمت بماله فكذلك إذا قومت وجب أن تقوم بماله (مسئلة) ولو ماتت أم الولد بعد أن جنت فتركت مالا

ففي المجموعة عن ابن القاسم لاشئ للجروح من مالها لانها لو كانت حية لقومت بغير مالها وقال عبد الملك ان كان مالها عبدا أدى منه الارش فان لم يف لم يكن له غيره وان كان عرضا خير سيدها في فداؤه أو اسلامه وكل واحد منهما يبني على أصله فان ابن القاسم يقول تقوم بغير مالها فلا تتعلق عنده الجناية بمالها وابن الماجشون يقول تقوم بمالها فان الجناية متعلقة بمالها فان عدت أم الولد فقد بقي مالها والجناية متعلقة به

(فصل) وقوله ليس له أن يسلمها يريد أنه ليس له أن يمنع من فداؤها ويرضى باسلامها كما يفعل ذلك في الأمة بل يجبر على أن يفتديها على الوجه الذي قدمناه لان في اسلامها تملكها وذلك ممنوع كالبيع والهبة

(فصل) وقوله وليس عليه أن يتحمل من جنائنها أكثر من قيمتها يريد ان كانت قيمة جنائية أم الولد أكثر من قيمتها لم يلزمه الاقيمة أم الولد دون ما زاد على ذلك من قيمة الجناية وهذا اذا كانت جنائية واحدة فان تكررت جنائنها فان تعقب كل جنائية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى على ما قدمناه وان جنت جنائيات قبل القيام عليها ثم قام المجنى عليهم في المدينة من رواية محمد عن مالك ليس عليه الاقيمة لجميع الجنائيات وان كان ارشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات ووجه ذلك ان الحكم فيها لما كان حكما واحدا كان حكم جنائياتها حكم جنائية واحدة ألا ترى ان الأمة لو جنت جنائيات لم يكن على سيدها إلا أن يسلمها وهذا قال أبو حنيفة وهذا أحد قول الشافعي وله قول آخر ليس عليه في كل جنائية تجنيها الاقيمة واحدة فان جنت جنائية أكثر من قيمتها أدى القيمة ثم ان جنت أخرى تشارك الأول والثاني في القيمة الأولى فرجع الثاني على الأول في حصته منها وكذلك ما جنت والدليل على ما نقوله ان ما قاله يقتضي ان المجنى عليه لا يملك الارش أبدا لانها كلما جنت رجع عليه فيها أخذ وهي في غير ملكه والعبد اذا جنى جنائية ثانية لم يتحمل المجنى عليه ولا جنائية كالعبد القن (مسئلة) وليس على العاقلة شئ من جنائية أم الولد لانها أمة ولا تتحمل العاقلة الا جنائية الأحرار وقال أبو يوسف ان لم يفتدها السيد أعتقناها عليه وجعلت دية فتدبرها على عاقلها وهذا غير صحيح وانما يعتبر بتحمل العاقلة عنها بما جالها يوم جنائنها وهي يوم جنائنها أمة وقد أجمعنا على ان الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تتحمل العاقلة دينها (مسئلة) ولا يرجع على أم الولد اذا أعتقت بشئ من جنائنها وذلك اذا أقيم عليها بعد الجنائية فحكم على السيد بالقيمة وهي أقل من ارش الجناية ثم عتقت فلا يرجع عليها بشئ لان جنائيتها انما تعلقت بعينها دون ذمتها وما اذا جنت جنائية فقبل أن يقوم المجنى عليه توفي سيدها فعتقت بموته ولها مال قال ابن كنانة في المدينة وان كان لها مال ولا مال للسيد لم يؤخذ منها شئ قد وجب على السيد ولم يبين هل قيم على السيد أم لا

﴿ القضاء في عمارة الموات ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق قال مالك والعرق الظالم كل ما احتقر أو أخذ أو غرس بغير حق * وحدثني مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر ابن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهي له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا

﴿ القضاء في عمارة الموات ﴾

ص * يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق * قال مالك والعرق الظالم كل ما احتقر أو أخذ أو غرس بغير حق * مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب قال من أحيا أرضا ميتة فهي له * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا * ش ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من أحيا أرضا ميتة فهي له احياء الأرض في هذا الحديث والله أعلم عمارتها وموتها بتبورها وعدم

الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرق والبيان وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها وتعدر نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها قال الله تبارك وتعالى فانظر الى آثار رحمة الله كيف يحيى الأرض بعد موتها ان ذلك لمحى الموتى وهو على كل شيء قدير وقد قال أبو حنيفة كل ما قرب من العمران فليس بموات وما بعده ولم يملك قبل ذلك فهو موات وروى ابن سحنون عن ابن القاسم ان ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث فيحتمل أن يريد ان اللفظ عام فيمن أحياء ما بعد وقرب نقص منه من أحياء ما قرب بدليل ظهر اليه فثبت بذلك ان المراد به ما بعد ويحتمل أن يريد ان لفظ الأرض لما ورد منكر الم يقتضى العموم وانما يريد به ما بعد دون ما قرب ويحتمل قول أبي حنيفة الوجهين وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا وقال المعروف انه لا يجوز أحياءه إلا بأذن الامام وعندى أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه سحنون من قوله المعروف وقد روى ابن سحنون عن أبيه قال مالك معنى الحديث في فيا في الأرض وما بعد من العمران وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول سحنون فثبت بذلك ان الذى أنكره سحنون حل قول ابن القاسم على انه لا يجوز الأحياء فيما قرب من العمران وان أذن فيه الامام على وجه التملك بالأحياء وان جاز أن يملكه الامام على وجه الاقطاع وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم ما قرب من العمران لا يبيعه الا بقطيعة ونحوها روى عن ابن نافع والله أعلم وأحكم وقال الشافعى ما يملكه أحد في الاسلام ولا عمر في الجاهلية عمارة ورثت في الاسلام فذلك الموات المذكور في الحديث وقوله صلى الله عليه وسلم من أحياء فمضى ظاهره ملكه لها وفي ذلك خمسة أبواب * الأول في صفة الأرض التى تملك بالأحياء * والباب الثانى في صفة المحي لها وحكمه * والباب الثالث في صفة الأحياء * والباب الرابع في حكم ما أحيى من الأرض ثم مات * والباب الخامس في حكم الأرض الموات والابراز في البيع والقسمه وغير ذلك

(الباب الاول في صفة الأرض التى تملك بالأحياء)

قال سحنون في المجموعة الارض على ثلاثة اضرب عنوة أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها فاما العنوة فما كان فيها من موات وشعار لم تعتمل ولا جرى فيها ملك لأحد فهي لمن أحيائها كذلك أرض الصلح ما كان منها موات لم يعمل ولا حيز بعارة فهي لمن أحيائها وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها فانها على ما أسماوا عليه وهو تملك على وجهين أحدهما أن تكون محدودة ولها مالك معروف مخصوص والثانى أن تكون من الاودية والمراعى ليست بمحدودة ولها مالك معين وقال في موضع آخر انها لا تملك حقيقة الملك وانما هي للمرافق والمنافع فما كان من أرض الاعراب على غير هذين الوجهين فهي لمن أحيائها وعندى ان هذا التقسيم لا يحتاج اليه الا معنى التفسير لان حكمها فيما ذكره واحد ووجه ذلك ان كل وجه ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة فانما يملك منها ما تقدم ذكر الملك له اما بملك الرقاب على وجه مخصوص أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام وبهذين النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفياقى والغفار فمن أحياء أرضا لم يتعلق بها حق لأحد فهي له بالأحياء دون غيره (مسئلة) وما كان من بئر ماشية فلا يفرس أحد عليه غرسا ولا يحيى عليه حقا قاله ابن كنانة في كتاب ابن سحنون وجه ذلك ان بئر الماشية مما يملك أهله الانتفاع به ومالك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالأحياء كالمراعى التى قد ذكرناها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالموات على ضربين ضرب يبعد من العمران وضرب يقرب فاما ما بعد من

العمران فقد قال مالك يحميه بغير اذن الامام خلافاً لأبي حنيفة في قوله ليس لأحد أن يحيي مواتاً من الأرض الا باذن الامام وقد رواه يحيى عن ابن نافع والدليل على ما نقوله قوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وهذا عام فيحصل على عمومته ودليلنا من جهة المعنى ان هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحي فلم يحتج في احيائها الى اذن الامام كما لو ملكها المحي (فرع) فان عمره بغير اذن الامام ففي كتاب ابن سحنون عن مالك ما علمت اختلافاً بين أهل العلم من أحيأ أرضاً ميتة بعيدة من العمار بغير اذن الامام ان ذلك له وفي كتاب ابن مزين عن ابن نافع ان عمره بغير اذن الامام فهو له وقال في العتبية يقتطع الموات البعيد فيحميه بغير اذن الامام ينظر فيه الامام فان رأى أن يقره أقره وان رأى أن يخرج منه أخرجه (مسألة) وأما التي تقرب من العمران فلا يحميها أحد الا باذن الامام رواه سحنون عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافاً للشافعي في قوله يحميها من شاء بغير اذن الامام ورواه ابن عبدوس عن أشهب قال سحنون وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق والذي يحيي بقرب العمران قد ينظم في احيائه ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم ومرعى أغناهم فاحتاج الى نظر الامام واجتهاده في ذلك قال سحنون في المجموعة وقد أقطع عمر العقيق وهو قرب المدينة واحتج أشهب في المجموعة لقوله بان ذلك مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وذلك عام فيما قرب أو بعد وانما يستحب له ذلك لا فيما قرب من العمران لئلا يكون فيه ضرر على أحد (فرع) اذا قلنا انه لا يحيي الا باذن الامام فأحيا رجل أرضاً قريبة من العمران بغير اذن من الامام فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف ليس له ذلك فان فعل نظر الامام فان رأى ابقاءه له فعل وان رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك وقال أصبغ ان أحيأ بغير اذن الامام أمضيته ولم ينقض رواه ابن حبيب وروى ابن سحنون عن ابن القاسم انه لا يكون له ذلك بوجه وفي المدينة من رواية يحيى عن ابن القاسم فحين عمره لا يكون له بغير قطيعة من الامام وقد روى سحنون عن مالك لا يحميها أحد الا بقطيعة من الامام فيحصل قول ابن نافع هذا المعنى من يملكه بالاحياء ويدل على هذا التأويل انه قال ما بعد عن الامام فلا يعمر الا بأمر الامام وما قرب من الامام لا يكون لأحد بغير قطيعة من الامام ففرق بين الأمر والاقطاع والله أعلم وأحكم وجه القول الاول انه لما كان للامام منعه بما في ذلك من الضرر على المسلمين وانه لا يستحق ذلك الا اذا أباحه له لكونه أصلاً ولا ضرر فيه على غيره فكذلك اذا تعدى وعمره بغير اذن الامام لكون النظر فيه للامام باقياً ولا يخرج به بتعديده فيه وسبقه اليه عن نظر الامام واجتهاده ووجه قول أصبغ يقتضي مذهب أشهب انه يستحب مشاوره الامام واستئذانه الا ان ذلك شرط في صحة تملكه ووجه قول ابن القاسم هذا ان من أهل العمران متعلق به فليس للامام أن يأذن في احيائه ولذلك قال ما قرب من العمران لا يدخل في الحديث (فرع) فاذا قلنا ان للامام أن يزيله عنه فقد قال مطرف وابن الماجشون يعطيه قيمة عمله منقوضاً أو يعطيه ايام بعد أمره بقلعه وهذا يقتضي انه متعدد بالعمل فيه وان للامام أن يأخذه لجماعة المسلمين فيعطيه قيمة نقضه من بيت المال أو يصرفه الى رجل من المسلمين فيعطى قيمة النقض من بيت مال المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المال اليه من ماله وهذا القول مبنى على ان الامام ينظر في أمر من أحد هما أن يكون الموضع لاضرر في احيائه والثاني أن يكون المحي لا يستضر أهل العمار

به أو يكون هو أصلح لهم من غيره فذلك كان للإمام إذا أحيى بغيره أنه أن يصرفه إلى غيره ممن لا يستغنى بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه (فرع) ومن أحيى أرضاً في الفيافي فليس لغيره أن يحجبها بالقرب منه إلا بآذن الإمام قاله سحنون في المجموعة قال لأنه قد صار بالأحياء عمراناً فلا يعمر بقربه إلا بآذن الإمام (مسألة) إذا ثبت ذلك فاحد القرب والبعد المذكورين قال سحنون في كتاب ابنه ما رأيت من وقت فيه من أصحابنا وما كان من العمار على يوم ومالاته ركة المواشي في غدوهاور واحها فأراه من البعيد وأما تدركة المواشي في غدوهاور واحها وأبعد من ذلك قليلاً مما فيه الرفق لأهل العماره فهو القريب يدخله نظر السلطان فلا يحيا إلا بآذنه وقال أبو يوسف الخدي ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته وماتاله سحنون أظهر لان الاعتبار في ذلك إنما هو بارتفاق أهل العمران بالمسرح والمحط بدون سماع الصوت والله أعلم وهذا القول لابن القاسم في كتاب ابن سحنون (فرع) وبما إذا ينظر فيه الإمام قال ابن سحنون عن أبيه يجتهد فيه الإمام ويشاور فيه أهل القرى وقال في موضع آخر عن ابن القاسم ينظر الإمام مما كان قرب العمران فإن كان فيه على أهل القرى ضرر في مسرح أو مرضي أو محطوب ونحوه منع منه وإن لم يكن فيه ضرر أمضاه وقد تقدم من قولنا أنه ينظر مع ذلك من هو أصلح مجاورة والله أعلم وفي المدينة في غنى اقتطع مواتاً بعيداً فأحياه بغير أمر الإمام ينظر فيه الإمام وإن أحيى بقرب من العمران بغير أمره وكان هناك من هو أحوج إليه منه منع إياه وإن لم يكن ثم من هو أحوج إليه أقره في يديه ولا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفيهم فاعتبر بالغنى والفقير ولعل هذا الاعتبار مقصور على الاقطاع دون الأحياء لأن الأحياء لا يملك به الأرض إلا بالارتفاق والعمل فالغنى أقدر عليه والاقطاع يملك الأرض دون عمل ولا تنفقه فالفقير أحوج إليه من الغنى والله أعلم

(الباب الثاني في صفة المحي للارض وحكمه)

وذلك أن المحي للارض في بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلماً أو ذمياً فإن كان مسلماً فحكمه ما تقدم وإن كان ذمياً ففي المجموعة عن ابن القاسم هي له لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيى أرضاً مسلمية فهي له الآن يكون ذلك في جزيرة العرب لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبقين دينان بأرض العرب (فرع) فإذا ثبت أن الذي يحجب في بلاد المسلمين فإن ذلك فيما بعد من العمران فأما ما يقرب من العمران فإنه يخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لان ما يقرب من العمران بمنزلة النقيض الذي لاحق له في النقيض وكذلك أن عمر في جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجد واليمن فإنه يخرج منها ويعطى قيمة عمارته قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وفي هذا القول نظر فإنه إن كان ما يقرب من العمران حكمه حكم النقيض فإنه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا بيعه ولا شراؤه لأن هذا حكم النقيض من الأرض عندما ملك ويلزمه على هذا القول أن لا يصح أحياءه من العبد والمرأة لانهما ليسا من أهل النقيض ولا يصح ممن لم يفتح ذلك البلد لأنه ليس من أهل ذلك النقيض، ولو قال قائل إن حكمه في ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما أن حكمهم حكم المسلمين في أحياء ما بعد قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندي على قول مطرف وابن الماجشون أن يكون معناه أن الإمام لو استأذنه في ذلك لم يكن له أن يأذن لأن الإمام إذا نظر في ذلك فأنما ينظر فيه للحجب ولعمامة المسلمين فإذا لم يكن على جماعة المسلمين في ذلك مضرة فمن حق المستأذن أن يأذن له وإن كان عليهم في ذلك مضرة فمن حقهم

أن ينعنه وفي احياء غير المسلمين ما قرب من مواطنهم وعمارهم مضرة فلا يجوز للامام أن يأذن له فان تعدى وعمر بغير اذن نظر للمسلمين باخراجه منه بأن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف اليه أو يؤمر بفعله ولا تسوغ المشاركة أن لم يأخذه لأحد ورأى المصلحة للمسلمين في منع احيائه والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في صفة احياء الأرض)

قال مالك في المجموعة وكتاب ابن سحنون احياء الارض أن يحفر فيها بئرا أو يجري عينا ومن الاحياء غرس الشجر والبنيان والحرق ما فعل من ذلك فهو احياء وقاله ابن القاسم وأشهب وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان الاحياء حفر الآبار وشق العيون وغرس الشجر وبناء البنيان وتسييل ماء الردغة من الارض وقطع الحياض والفحص عن الارض بما تعظم مؤنته وتبقى منفعة حتى يصير ما لا يعتد به فهذا وما أشبه احياء (مسئلة) وأما الرعي فلا يكون احياء قاله ابن سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا وقد قال أشهب من نزل أرضا فرعى ما حولها فهو أحق بها من غيره وذلك احياء وجه قول ابن القاسم انه ليس له أثر باقي في الارض لان هذه حال سائر الارضين المبورة فلا يكون احياء كالمبتنى فيها واحتج أشهب في كتاب ابن سحنون بأنهم قدرعوا وينظرون ان يرعوا واحتج في المجموعة بالمعدن يعوزه رجل بالعمل فيه فانه له ما أقام عليه فكذلك هذا وان لم يعجب سحنون قول أشهب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وليس حفر بئر الماشية احياء قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك أن هذا لا يعمل لمعنى احياء الارض وانما يعمل لمنافع الماشية كالراعي (مسئلة) وليس التعجير احياء قاله ابن القاسم في المجموعة وغيرها ووجه ذلك أن التعجير ليس فيه احياء للارض ولا منفعة وانما هو منع لغيره من التصرف فيها والا فبقيت باقية على صفتها قبل التعجير (فرع) اذا ثبت ذلك فنحجر أرضا لغيره من العمران فقد قال أشهب لا يكون أولى بها حتى يعلم انه يحجرها لعمل فيها الى أيام يسيرة لم يمكنه العمل لبيس الارض أو لغلاء الاجر ونحو هذا من العذر الذي يؤخره الناس فذلك له وأما من يحجر ما لا يقوى عليه فله منه ما عمر قال أشهب في المجموعة وقدر روى عن عمر فبن حجر أرضا ولم يعمرها انه ينتظر به ثلاث سنين وأراه حسنا

(الباب الرابع في حكم ما أحيا من الارضين ثم مات وعاد الى ما كان عليه)

الارضون على ضربين ضرب يفتح ملكه وضرب يملك عن مالك فأما ما افتتح ملكه فعلى قسمين أحدهما اقطاع الامام والثاني احياء فأما ملك باقطاع من الامام في العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فبن أقطع الامام أرضا بقرب العمران كانت له وان لم يعمرها ويبيع ذلك ان شاء ويورث عنه وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الذي يقطعه الامام أرضا فلم يقع على عمارته انه يبيعها ويتصدق بها ما لم ينظر في عجزه عنها فيقطعها غيره وجه قول ابن القاسم ان الاقطاع عنده معنى التملك الثاني الذي لا يفتقر الى عمارة كالبيع والميراث ووجه القول الثاني ان الاقطاع انما هو اذن في احياء ومن شرط ذلك العمارة فأما ما افتتح ملكها بالاحياء ففي المجموعة عن ابن القاسم انه بلغه عن مالك فبن أحيا أرضا ميتة ثم تركها حتى عفت آثارها وهلك أشجارها واطال زمانها ثم أحياها غيره انها الثانية وقال سحنون من أحيا أرضا موافقا لملكها ولا تخرج من يده لتعطيله لها وان عمرها غيره فالاول أحق بها وجه القول الاول ما احتج به ابن عبدوس

لكثرة بور ترمي فيه غنهم ويحتطبون فيه ليس لهم قسمته ويبقى مرمى لهم وللارة وروى عنه ابن
سحنون انهم اذا ارادوا قسمته قسم بينهم وكلوا القولين مبنى على ما تقدم (فرع) فاذا قلنا يقسم
بينهم فانما يقسم على عدد القرى ويعطى كل قرية مما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء
الكرسيم بقيته والتسيم بقيته رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون
وساوى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسألة) وهذا اذا كانت القرى متصلة بالشعراء
والابوار فان حال بينهم ما جبل أو صخرة أو نهر عظيم فان ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ إلا أن يقوموا
بينهم بالملك رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون
يدخل معهم أهل القرية التي حال بينهم ما نهر أو جبل أو صخرة أو نهر لا تحرث واختاره ابن حبيب
قال سحنون فلو قال ابن الماجشون ان السلطان يقطعهم اياه بينهم لثلايضربهم من يحببه من غيرهم
لكان وجهها وقد خلط في بعض قوله فقال فادعى أهل القرية التي خلف النهر والصخرة ان لهم في
الشعراء حقا معهم وقد قال أهل القرى ان الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرم أو دنانة قال
سحنون فصار هذا كقرار منهم (مسألة) واذا كانت الشعراء تلي القرية ويقطع بين الشعراء
وبين قرى أخرى ترمي فيها مواشيهم فأهل القرية التي تليها أحق بها رواه ابن سحنون عن ابن
القاسم قال ويقسمه أهل تلك القرية على قدر أملا كههم في القرية يقتسمونها بالقسمة أو السهم
وهكذا ذكر أصحابنا فيا يقتسمه أهل القرية في الشعراء انهم يقتسمونها على قدر أملا كههم فيها وما
يقتسمه أهل القرى فانه يقسم بينهم صغرته القرية أو عظمت (فرق) والفرق بينهما ان أهل
القرى انما يستحقون الابوار والشعاري ويتشتركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات
والى ذلك يرجع بعد القسمة وذلك بمعنى تتساوى فيه القرى فقد يكون لأهل القرية الصغرى من
الماشية أمثال مال القرية الكبرى فلا يمنع من ذلك أهل القرية الصغرى لصغر قريتهم ولا يرجع عليهم
أهل القرية الكبرى بشئ لعظم قريتهم وليس كذلك أهل القرية الواحدة فانما يستحقون أوبارها
وشعراها بسبب أملا كههم وينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة ويتصرف فيه بأى وجه شاء من
عمارة أو غيرها فيكون له حكم ملكه فلذلك روى فيه قدر حقه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وليس لعرق ظالم حق فسر مالك فقال ان العرق الظالم ما احتفر
أو اتخذ أو غرس بغير حق قال عروة وربيعة العروق أربع عرقان فوق الارض وهما الغرس والبناء
وعرقان في جوفها المياه والمعادن وقال عروة والباطنان البئر والعين قالوا فكل من عمل شيئا من
ذلك في حق غيره فهو من ذلك

(فصل) وقوله ليس له حق يحتمل أن يريد به صلى الله عليه وسلم ليس له حق البقاء فمن غرس أو
بنى ظالمًا في ملك غيره ليس له أن يبقيه وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرجه منه بأن يدفع اليه
قيمة غرسه مقلوعا وقيمة بنيانه منقوضا فيأله قيمة وما لم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على
ملكه دون عوض يعوضه منه ويحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم ليس له حق بملك ولا انتفاع
ويكون المراد به في العيون والآبار وذلك ان من حفر بئرا أو أنبت عينا في ملك غيره فانه ليس له أن
يملكه وينتفع به ولصاحب الملك أن يجبره على اعادته على ما كان عليه أو يملكه ويعطيه قيمة ماله
قيمة بعد ازالته واذا كان لنظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما على ما قاله عروة بن الزبير
وربيعة بن أبي عبد الرحمن والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في المياه ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذنب يمسك حتى السكعين ثم يرسل الأعلى على الأسفل ﴾ ش قال عيسى بن دينار وسخنون مهروز ومذنب واديان بالمدينة زاد سخنون وليس ملكهم مالا حدا كانا يسقيان بالسيول فاذا أتى السيل سقى الأعلى حائطه ثم الذي يليه وذلك ان المياه التي تسقى على ضربين ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار وضرب يملك أصله كالعيون والآبار فأما ما يملك أصله فلا يخاف أن يكون طريقه في أرض مباحة أو في أرض يملكها رجل معين أو في أرض يملكها رجال معينون فأما ما كان طريقه في أرض لا تملك مثل المياه التي تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كهروز ومذنب فتسيل مياهها في أرض مباحة غير متملكة إلى أرض من يسقى بهائم يتصل جريها في مثل ذلك ويحاذي مجرى الماء في إحدى جانبيه أو في جانيه جميعا من أرفع وحدائق للناس ويسقون به فهذا حكمه أن يسقى به الأعلى فالأعلى وذلك إذا كان أحياء وهم معاً وأحياء الأعلى قبل الأسفل وهو معنى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وإلى هذا ذهب مالك وأصحابه قال ابن نافع وهذا حكم النيل أيضاً فان احيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه ماء هو أقرب إلى أعلى سيل منه وأراد أن ينفر دبال الماء ويسقى به قبل الأسفل الذي أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثاني ويتلف غرسه وزرعه فقد قال سخنون إذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء ووجه ذلك ان استحقاقه للماء تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك (فرع) فان كانت الجنتان متقابلتين فالحكمه أن يكون الأعلى بالأعلى فقد قال سخنون في كتاب ابنه يقسم بينهما الماء ووجه ذلك تساويهما في وجه الاستحقاق فان كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكماً كما كان أعلى بحكم الأعلى ولما كان منه مقابلاً بحكم المقابل (مسألة) وان كان جرى الماء في أرض رجل معين فقد قال سخنون ما كان من سيول المطر في أرض الناس المعروفة فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه قل أو أكثر ولا يرسل منه شيئاً إلى من تحته إلا أن يشاء ووجه ذلك انه بدخوله في أرضه قد صار أحق به من غيره وانما يتنازع فيه قبل دخوله في أرض أحد فأما ما سال في أرضه فهو حق له فله منعه ان شاء وبالله التوفيق (مسألة) وأما ما كان سيوله في أرض يملكها قوم معينون مثل أهل النهر يجتمعون على اخراج ماء منه فيحملونه في أرضهم أو في أرض مבורرة ملكوها لشق ساقيتهم فيها وذلك نوع من الأحياء فان هؤلاء أحق بمائها وهم فيه سواء في حكم التقويم لا يقدم الأعلى على الأسفل وانما يتقسمونها بما يقسم به الماء الذي يملك أصله وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى (فصل) وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقد قال سخنون ان هؤلاء يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالعدل ولا يقدم أحد على أحد ولكن يأخذ كل واحد حصة يصنع به ما شاء ووجه ذلك ان رقبة العين والبرم ملك ولكل ذي حظ فيها الانتفاع بحظه والتصرف فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك ومن المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في أرض هي مقسومة بين قوم ولم يشرب فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشرب إلى أرض له أخرى ان له ذلك عطل حصته من الأرض ولم يعطها قال الشيخ أبو محمد يريد بالأرض مقسومة قال لان له أن يمنع ذلك وكذلك يكون له أن يصرف حيث شاء ما لم يضر به في حصة غيره فلا يكون له ذلك الا باذنه وأما اذا كانت الأرض مشتركة بينهم على الاشاعة

﴿ القضاء في المياه ﴾

حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سيل مهزور ومذنب يمسك حتى السكعين ثم يرسل الأعلى على الأسفل

فليس لاحد هم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها لان ذلك يضر بمعظمهم منها والله أعلم وأحكم (مسئلة) والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر ويثقب في أسفلها ثقب ويملا من الماء ويكون قدر أقلهم نصيبا مقدار ما يجري ماؤه على ثقبه تلك فتعلا ولا يزال صاحب الحصة من الماء يأخذ ماء العين كله ويصرفه فيما شاء الى أن يفنى ماء القدر ثم يملا الذي يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بحسب حصته والله أعلم وقال ابن حبيب تفسير ذلك أن يأخذ الامام رجلين مؤمنين أو يتراضى الشركاء عن شأوا أو يؤخذ قدر فخار أو غيره يثقب في أسفله بثقب ثم يرفع الثقب ثم يعلق القدر ويجعل تحته قصرية ويعدها في جوار فاذا انصدع العجر صب الماء في القدر فسال الماء من الثقب فكلام الماء أن ينصب صب حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلا النهار كله والليل كله الى انصدع العجر ثم ينحى القدر ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهما كيلا أو وزنا ثم يجعل لكل واحد منهم قدر يحمل سهمه من الماء ويثقب كل قدر منها بالثقب الذي ثقب به القدر الأول فاذا أراد أحدهم السقي علق قدره بمائه وصرف الماء كله الى أرضه فيسقي ما سال الماء من قدره ثم كذلك يقسم فان تشاحوا في التبدئة استهموا على ذلك

* وحدثنى مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء لمنع به الكلا

(فصل) وقوله بمسك حتى للكعبين ثم رسل الأعلى على الأسفل اختلف أصحابنا في تأويل ذلك فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون يرسل صاحب الحائط الاعلى جميع الماء في حائطه ويسقي به حتى اذا بلغ الماء من قاعة الحائط الى كعبي من يقوم فيه أغلق مدخل الماء وقال ابن كنانة بلغنا انه اذا سقى بالسيل الزرع أمسك حتى يبلغ الماء شراك نعليه واذا سقى النخل والشجر وماله أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين وأحب اليانا أن يحبس في الزرع والنخل وماله أصل حتى يبلغ الكعبين لانه أبلغ في الري وفي المدينة عن عيسى عن ابن وهب ان الأول يسقي حتى يروى حائطه ثم بمسك بعد ري حائطه فيما كان من الكعبين الى أسفل ثم يرسل وروى محمد بن عيسى عن زياد ابن عبد الرحمن عن مالك انه قال تفسيره أن يجري الأول من الماء في ساقيته الى حائطه قدر ما يكون الماء في الساقية الى كعبيه حتى يروى حائطه أو يبقى الماء فاذا روى حائطه أرسله كله قال يحيى بن مزين راية زياد عن مالك أحسن ما فيه والذي روى مسندا في هذا الباب ما روى ابن جريج حدثني ابن شهاب عن عروة بن الزبير أنه حدثه أن رجلا من الأنصار خاصم الزبير في شراج من الحرة يسقي به النخل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اسق يا زبير فأمره بالمعروف ثم أرسل الى جارك قال الأنصاري أن كان ابن عمك فتلون وجه النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال اسق ثم احبس حتى يرجع الماء الى الجدر واستوعى له محقه فقال الزبير والله ان هذه الآية نزلت في ذلك فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك الآية فقال ابن شهاب فقد رت الأنصار قول النبي صلى الله عليه وسلم اسق ثم احبس حتى يرجع الى الجدر فكان ذلك الى الكعبين (مسئلة) فان كان بعض الحائط أعلى من بعض فقد قال سحنون يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها الى الكعبين ووجه ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ الى الكعبين إلا بأن يعلو في بعض قامتين ولكن ان تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستوعا على حدته ص مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع فضل الماء لمنع به الكلا ش قوله لا يمنع فضل الماء لمنع به الكلا قال مالك في المجموعة والواخفة معنى ذلك في آبار الماشية التي في الفلوات لانه اذا منع فضل الماء لم يرع ذلك الكلا الذي بذلك الوادي لعدم الماء فصار منع الكلا وقال

ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن نهشون ان ذلك في الأرض ينزلها للري لا للعمارة فهم والناس في
الري سواء ولكن يبدون بمأثمهم (مسألة) اذ ثبت ذلك فان بئر الماشية هي ما حفره الرجل في غير
ملكه على ما عهده مما يحفره الرجل لماشيته في البراري وفيافي القفار فهذه البئر اذا حفرت فانما
جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته ويتصدق بما فضل من مائها ويسمعه للناس فاتفق مالك وأصحابه
على انه لا يمنع ما فضل عنه من مائه قال مالك في المدونة لا يباع بئر الماشية ما حفر منها في جاهلية ولا اسلام
وان حفرت في قرب قال ابن القاسم يريد قرب المنازل اذا كان انما احتفر للصدقة قال ابن القاسم
وانما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها فاذا فضل عنهم فضل فالتاس فيه
أسوة قالوا وأما من احتفر بئر في أرضه لبيع مائها أو لسقي ماشيته ولم يحتفرها للصدقة فلا بأس ببيعها
فتقرر من هذا ان ما احتفره في أرضه فالظاهر انها على الملك واباحة البيع حتى يبين انها للصدقة
وما احتفر في غير أرضه للماشية أو للشرب فقط ولم يحتفرها لحياء زرع أو غرس فالظاهر انه
احتفرها ليكون المقدم في منفعتها والناس فضلها لانه انما يحفرها بحيث لا يباع ماؤها ولا جرت به
العادة لا يندلها فانما ينصرف عملها دون شرط الى المعتاد من حالها وعلى ذلك يحمل وهذا الحكم
يحكم لها (مسألة) فان بين وأشهدانه يريده التملك فلم يريده نصا والظاهر عندي انه على شرطه وهذا
تعلق الكراهية عندي ويكون بمنزلة من أحيا أرضا فان كان بالبعد وحيث لا يضر بأحد فلا
اعتراض فيه عليه وان كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار بنظر فيه الامام (مسألة) وهذا حكم
الآبار فأما في المواجل ففي المدونة قال ماعمل منها في الصحاري والفيافي كواجل طريق المغرب
فانها كالآبار التي تحتفر للماشية وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة في جواب البادية التي تكون
للماشية لا ينبغي أن يمنع فضل مائها لئمنع به السكلاء قيل له فالجواب التي تجعل الماء الساء قال ذلك أبعد
وقال المغيرة من حفر جباله منع أن يشرب منه غيره فليس كالبر ووجه القول الأول أن هذا عمل
ليتوصل به الى رعي السكلاء بالماء فاشبه البئر (مسألة) ووجه القول الثاني ان المواجل ليست
مما تخدغ غالبا للمواشي لما فيها من النفقات والمئون وغالب عملها للتمليك الا من أعلن بالصدقة اذ قلنا انه
لا يتبع بئر الماشية ولا يباع ماؤها ففي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك لا يورث ولا يوهب ولا يباع
وان احتاج ولا يريده بقوله لا يورث انه لا يكون ورثة محتفرها أحق بمائها وقد قال ابن حبيب في
معنى قول مالك انها لا يتبع ولا تورث وصاحبها الذي احتفرها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها قال
وهو قول جميع أصحابنا وروايتهم عن مالك قال عن ابن الماجشون لا تقع في بئر الماشية الموارث
بمعنى الملك ولا حظ فيه لزوج ولا زوج من بطن على بطن قال ومن استغنى منهم عن حظه من الشرب
فليس له أن يعطى حظه أحد أو ساثر أهل البئر أولى منه ومن غاب وأوصى بثلاث بئر ماشيته لثلاث
فقد قال أشهب عن مالك ان البئر لا يباع ولا يورث يعني ان الوصية لا تنفذ فيه لانه وجه من العطية
كالهبة قال أشهب في المجموعة لا يباع بئر الماشية لانه اذا كان فضلها لغيره فقد اشترى من مائها
ما يريده وذلك مجهول (فرع) فاذا قلنا بالبيع من يبيع بئر الماشية فظاهره في المدونة انه على
الكراهية لأنه قال انه كره بيع مواجل الطريق وانما كان يعتمد في ذلك على الكراهية وهي
كالآبار التي تحتفر للماشية وقال في الجعل والاجارة ولا يرى بيع ذلك حراما وبه قال الشافعي وظاهر
ما في المجموعة التحريم لانه قال وقال مالك لا يجوز بيع بئر الماشية وهذا الذي حكاه القاضي
أبو محمد وقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك وأما بئر الماشية فمنع فضل مائها لا يجوز فانه من

بيع الكلا المباح وقال في المدونة وللناس ما فضل وعلى ذلك أشهب بأن ما يشتره بمجهول وقال ابن القاسم لا يباع لان للناس فيه حوالج ويدل عليه نهيه صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع به الكلا وظاهر النهي التصريم وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم ولو كان على ما قال أشهب لجاز أن تورث وتوهب لان الجهالة لا تمنع ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه إنما تنصرف في الكراهية الى أن يحفر أولا بمعنى الانفراد به وأما إذا حكم له بحكم الاباحة لفضيلة فأنما يجب أن يحمل على التصريم من منعه وهو ظاهر الحديث ومقتضى منع الزوجة والزوج من المشاركة فيه ومنعه هبته (فرع) ولم يبدأ بالشرب قال ابن الماجشون ان كانت لهم سنة من تقديم ذى المال الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير جلا عليه والاستهوا ووجه ذلك ان من استحق التقديم لسنة اسفرت له وان لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم لأنه السبيل الى تقديم من لا يستحق التقديم بغير هذا السبب ولا يستحق عليه (مسئلة) ولأهل البئر قال في المدونة والمواجل حاجتهم من الماء لا يشركهم فيها غيرهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر الحاجة منه فلم يتعلق به منع فكان لهم بحق اليد واجبا وأما ما فضل منه فالناس فيه سواء (مسئلة) وأما ابن السبيل فقدر وى ابن وهب عن مالك في المجموعة لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية وقد كان يكتب على من احتقر أن أول ما يشرب بهذه الآبار المحدثه أبناء السبيل قال ابن القاسم كل بئر كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقياء ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية ولا يمنع من ذلك بعد ان يروى أهلها فان منعهم أهل الماء بعد ريهم لم يكن عليهم دية قراهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع بئر قال ابن القاسم ولو منعهم حتى مات المسافرون عطشا كانت لهم دياتهم على عاقلة أهل الماء والكفارة على كل رجل منهم كفارة عن كل نفس منهم مع الادب الموضع من الامام وقال أشهب في المجموعة لابن السبيل ان يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل الا أن يكون فيه فضل وقد اضطرت دوابهم اليه والمسافة الى ماء آخر بعيدة فيكون ذلك بينهم أسوة الا أن يكون لاهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر فيكون السفر أولى به في أنفسهم ودوابهم وقد كتب عمر بن عبد العزيز في الآبار التي بين مكة والمدينة ابن السبيل أولى من شربها وهو حسن لا يضطراره الى ذلك ويتزود منه وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم ومحارم بئرهم وهم مقيمون والسفر راحلون (مسئلة) وأما الماء الذي لأهله يبعه كالبري يحتقرها الرجل في داره وأرضه ليباع ماءه فله أن يمنع ابن السبيل من مأها الا بالثمن الا ان يكون ابن السبيل لائئ معه وان منع خيف عليه أن لا يبلغ الماء فلا يمنع فان منع جاهد هم عليه وان لم يخف عليه ضرر كان لهم منعه والله أعلم

(فصل) وأما ما يحدث في المياه من الخيتان في المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في البركة والغدر والبحيرة فيها الخيتان لا يعجبني أن يبيعها أهلها ولا ينبغي أن يمنعوا تصيدها وروى ابن حبيب عن أصبغ ان ابن القاسم سؤى بين الناس فيما كان في ملكهم أو في غير ملكهم كالكلا وقال أشهب في المجموعة من كانت له عين أو غدير فيها سمك فان كان طرح فيها سمكة والدت فهو أولى به وان كان ذلك جاء مع الطين فليس له أن يمنع من يصيده الا أن يضرب به الصيادون وقال في المجموعة سحنون له أن يمنع من أراضه وخيتان غديره لأن ذلك في ملكه وحوزة وذلك سواء وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ما كان من ذلك ملكه وفي حوزة فله منع الناس منه وما

كان في الانهار والخلج التي لا تملك فليس لمن دنا اليه بسكناه وحقه ان يمنع منه طارئا
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع فضل الماء ليعتد به الكلا قيل انه يقتضى النهى عن الذرائع
 ومعنى ذلك ان من منع فضل الماء ليتسبب به الى منع الكلا المباح لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء
 والمانع فيما يحتاج اليه من الماء بقصد غالب الانفراد بالكلا فنع من ذلك ووجب على هذا على أصل
 مالك وأصحابه في الذرائع ان يمنع منه من قصد الكلا ومن لم يقصده والله أعلم (مسئلة) وأما
 الكلا فعلى ضربين ضرب في فيا في الارض وضرب في العمارة قال مطرف لما كان في فيا في
 الارض فلا يجوز لأحد أن يمنع غيره ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليعتد
 بذلك الكلا قال ابن القاسم في المجموعة انما ذلك في الفيا في والقفار فتقرر من ذلك انه لا يعمى شئ
 من ذلك الكلا ولو جازت مبائمه بالمانع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به الى منع
 الكلا ووجه آخر أن النهى انما توجه الى منع فضل الماء وأن يتوصل به الى منع الكلا ولم يتوجه
 به الى المنع من فضل الماء وانما تضمن ذلك المنع من الكلا على الاطلاق وأما ما روى عن النبي صلى الله
 عليه وسلم انه حى البقيع لخياله وان أبا بكر حى الربرة وان عمر حى سرف والربرة فان ذلك انما
 هو أن يعمى موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك لما شية الصدقة التي يحتاج
 اليها والخيال التي يعمل عليها وقدر روى عن عمر انه قال والذي نفسي بيده لو لا المال الذي أحل عليا في
 سبيل الله ما حيت عليهم من بلادهم شبرا انها البلاد هم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام
 وقدر روى ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
 لا حى الا لله ولرسوله يريد والله أعلم انه لا يمنع الناس منها الا لما كان لله تبارك وتعالى كابل الصدقة فلا
 يكون ذلك الا فيما ذكرناه من فيا في الارض التي هي جماعة المسلمين أو من حقوق قوم من العرب
 فلا يصح أن يمنعوا منها الا بهذا الوجه وأما منعهم اياها من غيرهم فليس لهم ذلك فيما بينهم ومن عرف منهم
 بمرعى لطول مقامه به أو استيلائه عليه واسلامه عليه فقد قال ابن عبدوس ما سلم عليه القوم من أرض
 الاعراب وفيافهم اذا لم يكن فيها فضل عن رعى ماشيتهم لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس
 الدخول عليهم فيها ولهم منعهم منها وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم هم مبدؤن بمائها وبرعى كلئها
 ولهم منع فضلها ويدل على هذا قول ابن الماجشون في بئر الماشية يموت صاحبها انها لورثته لاحق فيها
 لزوج ولا زوجة اذا لم تكن من ذلك البطن وقدر روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم في احياء
 أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم لهم ميل في ميل لمرعى غنهم ولقاحهم وهم ابط خيلهم
 ومخرج نسائهم وكان سحنون يعجبه حديث ابن سمعان هذا وروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال
 لهم ما تناذرا ع بحيث لا تبين المرأة ولا يسمع الصوت وهذا يحتمل ان يكون لما تقدم من انهم يملكون
 ذلك ملكا غير تام أو يملكون الانتفاع به قال عبد الملك اذا كانت معروفة لى من العرب فانها
 حقهم فلم يمنعها وملكهم اياها كالعمرى وهو بخلاف حق من شرى أو أحيا أو ورث أو وهب له
 وقال غيرهم ليس ملكهم لها بالتام ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالمجاورة قال سحنون
 عن ابن وهب فلهذا الاحية انما كانت في مثل هذه الاراضى بالبقيع قدر ميل في ستة أميال ما بين
 ميل الى ميلين واستعمل أبو بكر على حاية الربرة قرطة بن مالك وكان ما حى منها قريبا من خمسة
 أميال في مثلها ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب واستعمل عليه مولاة سلامة وحي بسرف نحو ما
 حى بالربرة واستعمل عليه مولاة هنبيا (مسئلة) وأما ما كان منه في القرى ومواضع العمارة فلا

يخلو أن يكون لغير معين كسارح القرى أو لمعين كأرض رجل بعينه فأما ما كان لغير معين وهو من مسارح القرى فبني على ما تقدم من جواز قسمتها أو منع ذلك فن جواز قسمتها أجزاها مجرى الملك المعين ومن منع اقتسامها أجزاها مجرى مسارح القيا في لاسم على قول من قال أن أهلها الذين أسلموا عليها أحق بها قال ابن القاسم في المجموعة وأما القرى والأرضون التي عرفها أهلها فلم يمنع كلنا عند مالك أن احتاجوا إليه (مسئلة) وأما ما كان في أرض رجل معين فلا يخلو أن يكون محظرا عليه أو غير محظرا عليه أما ما كان محظرا عليه فقد قال عيسى بن دينار في المدينة له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه فلا يجوز منعه إلا أن يحتاج إليه لما شئته ودابته وفي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك في الرجل له أرض فيها العشب أن له أن يمنع أن كان له به حاجة والأفليس له ذلك ويحلي بين الناس وبينه وله بيع مراعى أرضه سنة بعد أن يطيب ويبلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين قال عيسى بن دينار في العتية سألت ابن القاسم عن قول مالك وكذلك قال ابن حبيب سألت مطرفا عن قول مالك وإن كانت له أرض فله منع كلنا أن احتاج إليه والأفليس بين الناس وبينه ومن قوله لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك إذا بلغ أن يرعى فأى خصب يبيعه للناس وأى خصب يبيعه فقال الخصب الذي يبيعه يمنع الناس منه وإن لم يحتج إليه في ماء مراحه وجاء وأما الذي ليس له منعه ولا له يبيعه إلا أن يحتاج إليه فإن كان من خصب فداينه وفحوص أرضه قال ابن حبيب وسألت ابن الماجشون عن ذلك فساوى بين الوجهين وقال هو أحق بخصب أرضه البيضاء كلها التي يزرعها أن لم يكن حتى ولا مراح أن شاء باع وإن شاء منع أو رعى وإنما لا يحل له يبيعه ولا يمنع أن لم يحتج إلى رعايته خصب القناء من منزله قال أصبغ ورأيت أشهب ينكر رواية ابن القاسم عن مالك أن للرجل منع خصب أرضه وكان لا يجيز بيع الكلابحال وإن كان في أرضه وجاه ومراحه وإنما الكلا كالماء الذي يجري به الله على وجه الأرض فلا يملك ولا يباع وهو لمن أنبته الله في أرضه له أن يحميها لمنفعة فإن استغنى عنه لم يكن له منعه من احتاج إليه ولا يبيعه إلا أن يحتزه ويحتمله كما يفعل الناس في بيعه ولو كان هذا المن هو في أرضه كان ذلك للإمام في أرض العنوة وفرق عيسى بين ما حظر عليه وبين ما لم يحظر عليه من أرضه والفرق بينهما أن ما حظر عليه يلحقه المضرة برعى عشب والتوصل إليه بفساد حظاره ولذلك قال من كانت له أرض فيها عشب له وحواليها أرض من روعة له يضر به الدخول إلى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك وهذا إنما يقتضي المنع من الرعى لا من الاحتشاش وأما المنع من ذلك كله فأنما هو لانه يرى أنه يملكه بالخطر عليه كما يملكه بالاحتشاش لكونه في ملكه ويده وفرق في رواية ابن القاسم عن مالك بين مراعى أرضه وبين عشب مزارعه أن مراعى أرضه لذلك اتخذت وأما عشب مزارعه فلم اتخذ لذلك وإنما اتخذت عنده للزرع وأما العشب فعلى حكم بئر الماشية ووجه قول أشهب في منع العشب جملة أن أصله الإباحة كالمياه التي هي في أصل مباح وفرق بين المياه في الأرض المملوكة والكلا في الأرض المملوكة أن الكلا في الأرض المملوكة ليس من منافعها المقصودة فصارت كظلال النمار التي ليس لأرباب النمار منعها والله أعلم وأحكم ص * عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نفع بئر * ش قوله لا يمنع نفع بئر قال مالك في المجموعة معناه لا يمنع رعو بئر * قال القاضي رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي منع فضل الماء وقد قال ذلك جماعة من العلماء في الواحظة قال مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نفع بئر وفي حديث غيره ولا رعوها قال أبو الرجال النقع والرعو الماء الواقف الذي لا يسقي عليه

وحديثي عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع نفع بئر

أو يسقى عليه وفيه فضل قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك في تفسير نفع بئر أو هوها البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما وأقل من ذلك وأكثر فيسقى أحدهما فيروى ونخله وزرعه في بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقي فير يد صاحبه أن يسقى بمائه في ذلك اليوم ليس له منعه مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله وقال مالك وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين في حائطه فيحتاج الذي لا شرك له في البئر أن يسقى حائطه بفضل ما بها فليس له ذلك إلا لكون بئرته تهورت فيبقى له أن يسقى بفضل ماء جاره إلى أن يصلح بئرته ويدخل حينئذ في تفسير الحديث لا يمنع نفع بئر وليس له أن يؤخر إصلاح بئرته اتكالا على فضل ماء جاره قال ابن حبيب وقاله ابن الماجشون وقال لي ابن عبد الحكم وأصبع هو قول ابن وهب وابن القاسم وروايتهم عن مالك ومعنى ذلك عندي أن يكون هذا الوجه استحقاقهم للماء بأن يكون من الماء الذي لا يملك أصله ولا يجراه فيسقى به الأعلى فالأعلى فمن استغنى منهم عن السقي بما يستحق من ذلك كان للآخر أن يسقى به أو يكون لا منفعة في ذلك الماء إلا لسقيها خاصة فإذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بهما من تضييعها وليس لشريكه أن يقول أنا أو ثرياء على انتفاعك عندي ويحتمل عندي أن يكون يريد بذلك منع فضل بئر الماشية على ما تقدم ويحتمل أن يريد به ما فضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه فيسقى جاره بذلك الفضل بشرط أحدها أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء فانهارت البئر أو غارت العين فاما أن يغرس أو يزرع على غير أصل ماء فليس له أن يسقى بفضل جاره إلى أن يصلح بئرته رواه عن مطرف عن مالك وبه قال ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وأصبع وبه قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب وروايتهم عن مالك ووجه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يمنع نفع بئر وقد تقدم من قول أبي الرجال وغيره أنه فضل الماء وقد روى لا يمنع رهوما والر هو الزائد ومن جهة المعنى أن المياه مبنية على المواساة ولذلك كان فضل ماء بئر الماشية مباحا ولذلك أمر الأعلى أن يرسل إلى الأسفل ما فضل عن قدر حاجته من الماء ولا يؤمر بإرسال ما يمكنه الاستئثار به من سائر التملكات فإذا ثبت ذلك كان من دعت ضرورة إلى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بذله لغيره وإذا كانت الشفعة ثابتة في الأملاك لرفع الضرر بسببها وكان أصلها المشاحة فبان تثبت المواساة في المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على المواساة أولى وليس كذلك من غرس على غير ماء فانه لم يكن مضطرا وقد قال الشافعي لا يمنع الجار جاره أن يغرس خشب في جداره إذا لم يكن عليه في ذلك مضرة بينة ويقضى بذلك عليه فالتقضاء عليه في الماء أبين وقد ورد النهي فيها عاما والله أعلم (مسئلة) والشرط الثاني أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء فان لم يخف على زرعه لم يكن له في فضل ماء جاره قاله أشهب في المجموعة عن مالك ووجه ذلك أنه إنما يبيع له ذلك للضرورة فإذا لم يخف على زرعه فليس بمضطرب كالذي يضطر إلى الطعام ويجسمال غيره فان له أن يأكل منه ما يصرف عنه الضرورة وليس له ذلك مع عدم الضرورة (مسئلة) والشرط الثالث أن يفضل ماء صاحب البئر عن حاجته ويستغنى عنه فان لم يفضل عنه شيء لم يكن له أن يأخذ منه ماء وهو يحتاج إليه قاله في المجموعة ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأشهب عن مالك ووجه ذلك أنها إذا تساوى في الحاجة فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه (مسئلة) والشرط الرابع إذا تساوى في الماء فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئرته أو غارت عينه في إصلاحها على حسب المعروف والامكان فان ترك ذلك واعتد على السقي من ماء جاره فقد روى أشهب في المجموعة عن مالك ليس له

أن يسقيها إن كانت روت حتى يبلغ وانما ينظر في هذا الماء الى قدر ما نزل به وقال مطرف في الواخحة سقى بذلك الى أن يصلح بئرُه وقاله مالك ووجه ذلك ان هذا انما يبيح له مع الضرورة التي ذكرناها والذي يترك اصلاح بئرِه واسترجاع مائه غير مضطر وذلك مثل الذي يضطر الى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشترى به لا يباح له أن يقيم ويأكل من ماء غيره وانما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به الى موضع الوجود مع شروعه في ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فهل يقضى على صاحب فضل الماء أن لا يمنع في المزية عن عيسى لا يقضى عليه بذلك ورواه ابن نافع وانما يؤمر به وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك يقضى عليه بذلك لجاره ويجبر عليه وجه قول عيسى ان هذا ملكه فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنايره ودراهمه ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله صلى الله عليه وسلم لا يمنع نفع بئر ومعه على ما تقدم فضل مائه

(فصل) فاذا قلنا انه يحكم عليه بذلك فهل يقضى له بثمنه قال في المدينة روى عنه أصبغ وذلك عندي اذا أتى بالثمن وقال في رواية غيره بلا ثمن وجهه الرواية الاولى في اثبات الثمن انه عقد تمليك وجب الحكم به لدفع ضرورة فكان ذلك بالعوض كالشفعة ووجه الرواية الثانية في نفيه انه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه ولا انتقاله اليه كان ذلك بغير عوض كالاستحقاق ولانه فضل ما يقضى به فلم يكن له ثمن كغير الماشية وقال أشهب في المجموعة ان كان عنده ثمن فله فضل ما يكون بالثمن وان لم يكن عنده ثمن سقيته بغير ثمن (فرع) واذا قلنا انه لا يقضى عليه به فقد قال في المدينة ان باعه كان جاره الذي انقطع ماؤه أولى به بالثمن ووجه ذلك ان انتقال الملك مؤثر في أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة في الشرك من الأرضين والرباع

﴿ القضاء في المرافق ﴾
* حدثني يحيى عن مالك
عن عمرو بن يحيى المازني
عن أبيه أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لا
ضرر ولا ضرار

﴿ القضاء في المرافق ﴾

ص ﴿ مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار ﴾ ش قوله لا ضرر ولا ضرار يحتمل أن يريد به التأكيدي فيكون معنى الضرر والضرار واحدا واختار ابن حبيب هذا القول ويحتمل أن يريد به لا ضرر على أحد بمعنى انه لا يلزمه الصبر عليه ولا يجوز له اضرار غيره وقال الخشن الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة والضرار مال ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ومعنى ذلك والله أعلم ان الضرر ما قصد الانسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره وان الضرار ما قصد به الاضرار لغيره قال الله تعالى والذين اتخذوا مسجدا وضراوا وكفرا وتفرقوا بين المؤمنين ويحتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه لان هذا البناء يستعمل كثيرا بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام وكذلك الضرار فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أن ينفر دأحدهما وغيره بالاضرار بجاره عن أن يقصد ذلك جميعا وليس استيفاء الحقوق في القصاص من هذا الباب لان ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم وانما الضرار فيما ليس فيه الا مجرد الاضرار بصاحبه فاما الضرر على هذا التأويل فمثل ما يحدثه الرجل في عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كبر لعمل الحديد أو رحي مما يضر بالجيران فقد قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة ان لهم منعه وقاله في الدخان قال وأرى التنور خفيفا ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذي يدخل في دورهم

ويضر بهم وهو من الضرر الكثير المستدام وما كان بهذه الصفة منع احداه على من يستضر به (مسئلة) فاما الرحافان الذي ينال منها الجيران امران أحدهما افساد الجدران والثاني صوتها فاما افساد الجدران فان ثبت ان هذا يضر بالجدران يهدمها فانه من الضرر الذي يمنع وأما صوتها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الغسال والضراب يؤذى جاره. وقع صوتهما انه لا يمنعهما من ذلك فيتملر واية ابن القاسم الخلاف في ذلك لانه لم يبين وجه الضرر الذي يمنع منه ووجه القول الاول غندي انما ذلك في الصوت الصغير الذي ليس له كبير مضرة أو يكون في بعض الأوقات ولا يستدام وأما ما كان صوتا شديدا أو يستدام كخوانيت الكادين تتخذ عند دار الرجل أو خوانيت الصغارين أو الرحالة التي لها الصوت الشديد فانه ضرر يمنع منه والله أعلم ووجه القول الثاني انه ضرر يصل اليه في منزله فتعلق المنع به كضرر الرائحة (مسئلة) وأما الدباغ يؤذى جيرانه بنتن دباغه فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يمنع منه والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما ان هذا ضرر دائم فوجب أن يمنع منه كسائر ما يحدث من الضرر الممنوع (مسئلة) ومن ذلك الكنيف يحده الرجل فيضر بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة والبلل في ملك جاره ووجه ذلك انه أحدث على جاره فسادا في ماله فنع منه كالحدم (مسئلة) ومن كان له أندر الى جانب جنان رجل يضر به تبته قال مطرف وابن الماجشون يمنع من ذلك وقال سحنون في العتبية اذا كان الاندر قبل بنية الجنة لم يضر وجه القول الاول ان البنيان وان كان محدثا فان لصاحبه أن يمنع صاحب الاندر وان كان قديما يمنع من وقوع تبته في أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول الى أرضه وبالله التوفيق ووجه قول سحنون انها منفعة استحقها بالقدم فلم يمنع منها (مسئلة) ومن رفع جداره فنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح فقد روى ابن نافع عن مالك في المجموعة لا يمنع من ذلك وقاله ابن القاسم وهو في كتاب البنيان من رواية ابن القاسم عن مالك وقال ابن كنانة الا ان يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعة له فانه يمنع منه ووجه ذلك أن مافعله في ملكه لم يوجب ادخال شيء مما لم يستتبت منه في ملك جاره ولا يمنع المنفعة المقصودة من داره فلا يمنع من عمله في أرضه ووجه آخر انه لو جاز ذلك لبطل البنيان لان ما من أحد يبنى حائط في آخر ملكه الا ولابد أن يمنع الشمس من ملك جاره وينع الريح ولما أجمع المسلمون على جواز البنيان وان منع هذا فكان في مسئلتنا مثله (مسئلة) ومن كانت له أرض ملاصقة اندر غيره فأراد أن يبنى فيها ما يمنع الريح عن الاندر ويقطع منفعته قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يمنع ما يضر بجاره في قطع مرافق الاندر التي تقادم وقال ابن نافع ليس لأحد أن يحدث بقرب الاندر ما يضر بصاحب الاندر وان احتاج الى البنيان وقد قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وقاله سحنون ووجه القول الاول ما احتج به سحنون في العتبية ان الباني أن يبنى فان منع هبوب الريح منع كماله منع هبوب الريح وضوء الشمس من دار جاره ووجه القول الثاني ان المقصود من الاندر هذه المنفعة فليس لأحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكنى الدار (مسئلة) ومن اتخذ كوى وأبوابا يشرع منها على دار جاره وعياله فقد قال مالك وابن القاسم يمنع من ذلك كله * قال مالك وذلك اذا كان ينال بالنظر وقال ابن القاسم في كتاب البنيان اذا كانت من كوى لاحقة بالسقف أو مقاربة له لا يطلع منها لم يمنع من ذلك وأما ما يطلع منه فانه يمنع وقال ابن وهب عن مالك نحوه وزاد لا يكلف الأسفل أن يعلى بنيانه حتى لا يراه ووجه ذلك أن هذه

مضرة أحدثها على جاره في مسكنه فلزمه إزالتها (مسئلة) ومن بنى مسجدا على ظهر حوائت له وجعل له سطحاً يطلع منه على دار رجل فان بنى المسجد يجبر على أن يستريح على سطح المسجد ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه الباني ولا يمكن هدمه ولا يمكن من الأضرار بالرجل فعليه أن يستريح عليه لانه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه في داره (مسئلة) ومن بنى غرفة وفتح فيها أبواباً وكوى يطلع منها على قاعة لغيره فأراد صاحب القاعة منعه من ذلك وقال هذا يضر بي اذ بنيت فقد قال ابن الماجشون ليس له منعه وقال مطرف له منعه قبل أن يبني وبعد أن يبني ووجه القول الأول ان هذا مما لامضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه وانما يراى الضرر حال حدوثه لا ما يؤل اليه بعد ذلك ووجه قول مطرف ان من منافع صاحب القاعة أن يبني فيها دارا فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنعه من تلك المنفعة ولا يضره فيها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ليس له منعه عند أحداث الاطلاع انه يطلع منه على موضع لا يضر بالاطلاع عليه وان بنى في القاعة دارا لم يكن له أيضاً أن يمنعه الاطلاع لانه قد استحق ذلك لقدم اطلاعه قبل بناء داره قاله ابن الماجشون * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وأذكر اني رأيت لابن القاسم أن له منعه اذ بنى ووجه قول ابن الماجشون ما تقدم ووجه القول الثاني الذي أوردته لابن القاسم انه لم يكن له منعه قبل البناء لانه لم يمنعه بذلك منفعة أرضه ولا أدخل عليه ضرراً باطلاعه فاذا بنى الثاني دارا يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه (مسئلة) ولا يخفى أن يكون الضرر فيما لا يتزايد أو فيما يتزايد فان كان مما لا يتزايد فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين ما كان من الضرر باق على حال واحدة لا يتزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه فانه يستفتح من أحدثه بطول الزمان وما يحدثه الرجل فمسك عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان فا كان يتزايد ضرره كالكتيف يحدثه فان شك جاره الضرر بعد طول زمان فله أن يغيره وكذلك ما يفتح كاستنقع الماء وكذلك الدباغ ان ضرر ذلك يتزايد فعلى هذا الضرر الذي هو أقدم مما يضر به لا يغير قولاً واحداً وما أحدث بعد ما يضر به فعلى قسمين أحدهما أن يترك القيام عليه والمنع منه حتى يطول زمانه ويستحق فاما كان منه لا يتزايد أو يتزايد فعلى ما تقدم والقسم الثاني أن يقام بمنعه عند أحداثه فهذا لا خلاف في المنع منه وإزالة الضرر به وبالله التوفيق (مسئلة) ومن فتح مطلعاً على دار غيره فلما قام عليه سد ذلك فطلب أن يسدها من خافها بها فقد قال سحنون في كتاب ابنه ليس له ذلك وليقلع الباب ويسده لان ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة فيصير حيازة (مسئلة) ومن باع داراً وقد أحدث عليه جاره مطلعاً أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر فبأله فيه القيام فقد قال مطرف وابن الماجشون ان كان المانع لم يتم في ذلك حتى باعها فلا قيام للشترى فلو كان قد قام فخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع بعد القيام فلم يشترى أن يقوم ويحل محله وقاله أصبغ ووجه ذلك ان ترك من أحدث عليه الضرر القيام في ذلك حتى باع يقتضي الإباحة وأنه باع على أن ذلك حق قد تعلّى عنه لمحدثه واذا باع بعد القيام فيه فقد أظهر انه لم يبيع له ذلك ولا أقره عليه وقديع الدار بجميع منافعها وإزالة الضرر من جلة ذلك (مسئلة) ومن كانت في داره شجرة اذا صعد فيها ليجنيها أطلع على دار جاره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يمنع من ذلك كانت قديمة أو حديثة بخلاف الغرفة ولكن يؤذن جاره وروى عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب نحوه ومعنى ذلك أنه ليس هذا الاطلاع مما يستدام وانما يفعل في النادرة على وجه الاجتهاد

وتحصيل المنافع لآعلى وجه الاطلاع والنظر كالأطلاع على سقفه لاصلاحه
 (فصل) وهذا كله في الضرورة وأما العام فمثل تضيق الطرق وما جرى مجراه فهذا يمنع منه وأما
 اخراج العساكر والأجنحة على الحيطان الى طرق المسلمين فقد روى ابن القاسم عن مالك لا بأس
 بذلك قال ابن القاسم واشترى مالك دارا لها عسكر فقال الآن يكون جناحاً أسفل الجدار حيث
 يضر بأهل الطريق فإنه يمنع منه وقال أبو حنيفة يمنع منه على كل حال والدليل على ذلك أنه منفعة
 مباحة يحتاجها لا مضرة فيها على غيره ولا تضيق لفنائها فلم يمنع من ذلك كضوء السراج وظل الحائط
 (مسئلة) ومن بنى بنايطة لمنعه على غيره فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من بنى
 على شرف يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين فإن كان لا شرف في مكانه فقط لم يمنع
 وإن وجد عنه مندوحة وكذلك إن أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه لم يمنع إذا كان ذلك حال
 ذلك الموضع قبل البناء وإن كان اطلعه على الموردة ليعليه فتح بابها الى الموردة أو كوى منع ذلك
 ووجه ذلك أن ما كان من خلق البارئ تعالى وحال بقعة الأرض لم يمنع لأنه أمر قد تقدم واستحق وإنما
 يغير المحدث (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالضرر على ضررين محبت وقديم فأما المحدث فقد تقدم حكمه
 وأما القديم فقد قال سحنون في قناة قديمة في حائط رجل لا يغير القديم وإن أضر بجاره وكذلك قال
 في الأفران توقد للفخارين بين دور قوم ر بما شكاجيرانها دأخاها ان القديم منها لا يعرض له وقال
 ابن القاسم في المجموعة من كانت له كوة قديمة يضر بجاره لا أنعمه من القديم وهذا كله على نص غير
 ما ذكر عن مطرف وابن الماجشون في ثين الأندلس فإنها منعمان به ويلزمها مثل ذلك في القناة
 القديمة في الحائط والله أعلم وأحكم ص مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي
 أراكم عنهم معرضين والله لأرmin بهابين أكتافكم ش نبيه صلى الله عليه وسلم عن أن يمنع جاره
 يغرز خشبه في جداره روى في المجموعة ابن نافع عن مالك أن ذلك على وجه المعروف والترغيب
 في الوصية بالجار ولا يقضى به وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا وما أراه الادلة على المعروف وإنما
 منه في شك وروى ابن وهب عن مالك هو أمر رغب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه وقال ابن القاسم
 لا ينبغي له أن يمنع ولا يقضى به عليه وهذا على ما قال الآن ظاهر الأمر عندنا مالك وأكثر أصحابه
 الوجوب ولكنه يعدل عنه بالدليل وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي هو على الوجوب إذا لم يكن
 في ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار وبه قال أحمد بن حنبل والدليل على ما نقوله أن الجدار ملك
 موضوع المشاحة فجازله أن يمنع منافعه بغير ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه وقد كان
 أبو هريرة يصل بهذا الحديث مالي أراكم عنهم معرضين والله لأرmin بهابين أكتافكم فيصنع قوله
 ذلك أنه كان يحمل على الوجوب ويحتمل أنه كان يحمله على الندب لكنه كان يوجب من كان يترك
 أباحة ذلك لجاره ويشح بحقه فكان يجري الى توبيخه على ترك الأخذ بما ندب النبي صلى الله عليه
 وسلم اليه ورغب فيه وكذلك اعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين أحدهما أن يكون
 جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على الندب ويعرضون عن حمل أبي هريرة على
 ظاهر اللفظ من الوجوب وإن أخذوا به بخاصة أنفسهم وأباحوا ذلك لمن جاورهم رغبة فيما رغب فيه
 النبي صلى الله عليه وسلم ومبادرة الى ما ندب اليه ويحتمل أن يكون جماعة من التابعين علموا من أبي
 هريرة أنه كان يحمله على الندب والترغيب ويعيب من يتركه ولا يعمل به فيعرضون عما يدعونه

مالك عن ابن شهاب عن
 الأعرج عن أبي هريرة
 أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم
 جاره خشبة يغرزها في
 جداره ثم يقول أبو هريرة
 مالي أراكم عنهم معرضين
 والله لأرmin بها بين
 أكتافكم

اليه ويؤرون التمسك بما لهم التمسك به ويؤيد هذا التأويل انه لو كان أبوهريرة يرى الزامهم ذلك
 لحكم به ووجع الحكم على ترك الحكم به ولم يوجع الناس على ترك الاباحة لما يلزمهم اباحتهم لان
 الحكم لم اجبارهم ويحتمل عندي على رواية زياد بن عبد الرحمن في القضاء بالمرفق في أرض الرجل
 لجاره اذا لم يضربه أن يكون في مسئلتنا مثله فيصم الحديث على ظاهره والله أعلم وأحكم (فرع)
 قال مطرف وابن الماجشون وكل ما طلبه جاره من فتح باب وارفاق بماء أو مختلف في طريق أو فتح
 طريق في غير موضعه وشبه ذلك فهو مثل ذلك لا ينبغي في الترغيب أن يمنع مما لا يضربه ولا ينفعه
 ولا يحكم به عليه (مسألة) اذا ثبت ذلك فنأباح لجاره أن يغرز خشبة في جداره فقد قال مالك
 لا ينزعه الا أن يحتاج الى جداره لأمر لا يريد به الضرر وبه قال ابن القاسم وروى ابن حبيب عن
 مطرف وابن الماجشون عن مالك ليس له أن ينزعها طال الزمان أم قصر احتاج الى جداره أو
 استغنى عنه مات أو عاش باع أو ورث ووجه رواية ابن القاسم ان صاحب الجدار أملك بجداره وقد
 أباح لجاره منفعة كلفه بها مؤنة ونفقة فليس له أن يبطل عليه نفقته وما يموت بمجرد الاضرار به فاذا
 كانت له حاجة كان أحق بماله ووجه الرواية الثانية ما احتج به مطرف وابن الماجشون انه قد جاء
 أن لا يمنع وقد قال مالك ذلك على الخضم وروى عن أبي هريرة ما روى واذا أذن له فلا رجوع له
 والأظهر عندي انها عطية يتكاف من أجلها مؤنة وعمل كالأموعة أن يعبره شيئاً أو يعطيه اياه من
 أجل أن يشتري له شيئاً (فرع) وهل يلزم ذلك بمجرد الاذن الظاهر من قول مطرف وابن
 الماجشون أنه اذا أذن له فقد لزمه لما تقدم من قولهما انه اذا أذن له فلا رجوع له وقالان ذلك مختلف
 فيما أذن فيه مما يقع فيه العمل والاتفاق من غرز الخشب وبناء أساس جدار والارفاق بماء العيون
 والآبار لمن ينشئ عليها غرساً ويتسدى عملاً بما قلعه ورده كما كان فساداً أو ضرراً صغرت المؤنة أو
 عظمت فلا رجوع له عاش أو مات باع أو ورث احتاج أو استغنى وهو كالعطية وما كان من ذلك لا
 يتكاف فيه كبير عمل ولا اتفاق من فتح باب أو فتح طريق الى مال الأذن أو أرضه أو رفاق بالشفعة أو
 لسقي شجرة قد سقيت قبل ذلك ثم نصب ماؤداً فهذا له الرجوع اذا شاء ويقطع ما أذن فيه وهذا
 الذي قالاه في فتح الباب وان لم يكن الافتتاح يدخل منه ويخرج فصحيح جار على اصلهما قال ابن
 حبيب وقد قال اشهب وابن نافع مثل قولهما وقال اصبح ذلك كله سواء عندي ما فيه عمل واتفاق
 وماليس فيه شيء من ذلك اذا أباحه أو أتى عليه من الزمان ما يعارض مثله الى مثل ذلك الزمان فله منعه الا في
 الفرس فانه لا يمنع بعد ذلك (فرع آخر) فاذا قلنا ليس له الرجوع فيما فيه اتفاق وعمل مع اطلاق
 الاذن فان شرط الرجوع في ذلك متى شاء فقد قال مطرف وابن الماجشون الشرط باطل لان هذا
 من شرط الضرر والتغريب بالعامل والاذن نافذ بعد العمل وهو قبل العمل على هذا الشرط غير
 نافذ ووجه ذلك انه قد فات بالعمل ولم يكن فيه عوض فيرد وما قبل العمل فله أن يرجع عنه لما قرن
 به من الشرط الذي لا يجوز والله أعلم وأحكم (فرع) وماله أن يرجع عنه لعدم الاتفاق فيه مع
 اطلاق الاذن فاذا قيد بأجل فقد قال مطرف وابن الماجشون ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ
 الأجل ووجه ذلك انه وهب له منفعة مقدرة بزمان فليس له الرجوع في هبته (فرع) فاذا قلنا
 بقول مالك فأباح له وضع الخشب اباحة مطلقة من غير تقييد بأجل فقد قال مالك من رواية ابن القاسم
 وأشهب عنه فممن أباح لرجل البناء في عرصته ثم أراد منعه قبل أن يبني فله ذلك وقد تقدم من قول
 مطرف وابن الماجشون ما ظاهره انه ليس له اخراجه وقد لزمه ذلك بمجرد الاذن وجه قول مالك انه

اذن فيأله منه فسكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل أصل ذلك اذا أذن لعبده في التجارة ووجه قول ابن الماجشون انه اذا أذن له في عمل يلزمه به التمون والنفقة أصل ذلك اذا قال اشتره هذه الدابة وأنا أسلفك ثمنها (فرع) وأما اذا بنى ثم أراد اخراجه انه ليس له أن يخرج به الا ان أعطاه قيمة ما أنفق وروى الديمياطي عن ابن القاسم ليس له أن يخرج به وان أعطاه ما أنفق وقال أصبغ ليس له أن يخرج به وان أعطاه قيمته قائما واختاره يحيى بن عمر وقال أشهب في كتبه له اخراجه ويأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمته منقوصا ووجه القول الأول ان العقد غير لازم لانه اذن في منفعة على ما تقدم ولكن لما تمون وأنفق تعلق حقه بذلك فليس له أن يخرج به الا أن يجبر عليه ما كان اذنه سببا لالتلافه ووجه القول الثاني انه عقد لازم لما اقرن بالوعد من النفقة والمؤنة ووجه القول الثالث انه عقد غير لازم فللاذن أن يرجع فيه متى شاء والمعارف شرط حيث لم يتوثق بضرب الأجل وبهذا احتج أشهب (فرع) واذا قلنا له اخراجه اذا دفع اليه حقه ففي نوادر أبي محمد قال في المدونة يدفع اليه ما أنفق قال وقال في موضع آخر اذا دفع اليه قيمة ما أنفق وهذا الذي ثبت في كتابي في المدونة وقال سمعون عن المغيرة وابن كنانة يدفع اليه قيمة بنيانه قائما ونحوه قال مطرف وابن الماجشون عن مالك وجه قوله يدفع اليه ما أنفق ان ذلك الذي يمونه لسبب اذنه فكان عليه اذا أراد اخراجه عدم ذلك ووجه القول الثاني انه أتلف عليه قيمة نفقته وأما ما زاد على ذلك تبذيرا وخطأ فلم يجده عليه اذنه ووجه القول الثالث ان البنين قد ملكه بتمامه بالنفقة والتمون وهو الذي أتلفه عليه باخراجه بعد الاذن فعليه غرم قيمة ذلك (فرع) فاذا قلنا ليس له اخراجه بقرب تمام بنيانه متى يكون له ذلك قال في المدونة اذا استكمل ما يرى الناس انه بنى ليسكن مثل هذه المدة لطولها وروى عنه الديمياطي اذا مضى من المدة مقدار ما يعار الى مثله فالعنيان متقاربان وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك ان كل بان وغارس في أرض قوم باذنهم أو عليهم فلم يمنعوه فله قيمة ذلك قائما كالباقي بشبهة ووجه القول الأول ان العارية لا تقتضي تملك الرقبة وانما تمتضي الأرفاق بالمنافع مدة فان لم تكن المدة مقدرة بالأجل رجع في ذلك الى العرف والعادة وقول مطرف وابن الماجشون مبني على ما تقدم لهما من أنه ليس له اخراجهما بابطال ما بنياه فعليه أن يعطيهما قيمته قائما كالباقي بشبهة (مسألة) وأما ان ضرب لذلك أجلا في المدونة عن مالك ليس له أن يخرج قبل الاجل وقبل البناء ولا بعده قال لانك قد أوجبت ذلك له ووجه ذلك انه عقد لازم لما تقرر بالعقد بمنزلة رجل يقول لرجل أسلفك أو أرهنتك ولم يقرر السلف ولا الهبة فانه لا يلزمه ذلك ولو قدرها للزمه ذلك اذا علق ذلك بعهده أو عمل فيه نفقة

(فصل) وقوله أن يغرز خشبه في جداره هكذا تنقيد في كتابي في رواية يحيى بن يحيى وفي كتاب أبي الحسن الدارقطني في اختلاف الموطئات وقال لي أبو عبد الله الصوري سألت أبا محمد عبد الغني عن ذلك فقال لي كل الناس يقولون خشبه على الجمع غير أبي جعفر الطحاوي فانه قال خشبة على التوحيد والمعنى متقارب والله أعلم وأحكم ص مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعني وهولك منفعة تشرب به أولا وأخرا ولا يضرك فأبى محمد فكم فيه الضحاك عمرو بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فقال لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وأخرا ولا يضرك فقال عمر والله

* مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك لم تمنعني وهولك منفعة تشرب به أولا وأخرا ولا يضرك فأبى محمد فكم فيه الضحاك عمرو بن الخطاب فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله فقال لا فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولا وأخرا ولا يضرك فقال عمر والله

لغيره به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك ش قوله ان الضحاك ساق خليجا
له وهو الماء يمتلج من شق النهر والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة وكان بين الخليج وأرض
الضحاك أرض لمحمد بن مسامة فأراد أن يمر فيه فمنعه محمد بن مسامة فاحتج عليه الضحاك بأن قال له
لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وآخرا ولا يضرك يحتمل أن يريد الضحاك أن يمر به في أرضه
بهذا الشرط وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز لأن مقدار
شربه أولا وآخرا مجهول وقد روى ابن سحنون عن أبيه فبين أعطى رجلا أرض حائط له وترا به
على أن يبنيه الرجل بطوبه ونفقته فاذا تم الجدار جعل كل واحد منهما عليه ماشاء أن ذلك لا يجوز لأن
الحمل ليس إلى أجل معلوم ولا ما يعمل عليه كل واحد منهما معلوم ويحتمل أن يريد به أن ذلك
حكم ما يمر في أرضك من المياه أن كان مجرى الماء متصلا بأرضه فيصل في أرضه وهو غير مملوك وإنما
كان له مجرى على غير أرض محمد فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد لمتوصل بذلك
إلى سقي أرضه فيكون محمد أحق به لانه الأعلى وقد قال مالك فبين له ماء وراء أرض وله أرض دون
أرض فأراد أن يجري ماءه في أرضه انه ليس له ذلك ولم يأخذ بما روى عن عمر في ذلك ورواه عنه
ابن القاسم في المجموعه وقال عنه أشهب كان يقال يحدث للناس أفضية بقدر ما يجدون من
الفجور قال مالك وأخذ بها من يوثق به فلو كان معتدلا في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر
رأيت أن يقضى له بأجره مائه في أرضك لأنك تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك واسكن فسد الناس
واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء وقد يدعي جارك عليك
به دعوى في أرضك وقال ابن كنانة نحوه وروى زياد بن عبد الرحمن انه ان لم يضرب به فليقتض
عليه بمروره في أرضه وان أضرب به منع من ذلك وقال أشهب ان كانت أرضك أحييت بعد احياء
عينه وأرضه كان له الممر في أرضك وأن يجري ماءه فيها إلى أرضه بالقضاء وان كانت أرضك قبل
عينه وقبل أرضه فليس في أرضك ممر إلى عينه ولا عينه ممر في أرضك إلى أرضه فعلى هذا يحتمل
فعل عمر وجهين أحدهما انه على ظاهره ومالك فيه ثلاثة أقوال أحدها المخالفة له على الإطلاق
وهي رواية ابن القاسم واختارها عيسى بن دينار وبه قال أبو حنيفة والدليل على صحته ما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يجلبن أحدكم ماشية أخيه إلا بذنه واللبن يتجدد ويخلفه غيره
والأرض التي يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها والثاني الموافقة له على وجه وذلك على وجهين
أحدهما أن مخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن عمر في هذا الحكم إنما كان لاختلاف أحوال الناس
وان أهل زمنه قويتم فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستعمله أهل زمن عمر بن الخطاب وأن حكم ابن
الخطاب تمثل في الأزمنة التي يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتعرج عما لا يصلح وأن الزمن
الذي يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك
لانه قد يطول الأمر فيدعي صاحب الماء الممر في أرض من قضى له باصراره في أرضه فيدعي ملك
رقبة الممر ويدعي فيها حقها فيشهد له ما قضى له به وهذه رواية أشهب واختارها ابن كنانة ووجه
آخر وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسامة إنما صارت إليه بان أحيها بعد ان أحيها الضحاك
ابن خليفة أرضه وملك ماءه والقول الثالث الأخذ بقول عمر وحمله على إطلاق لفظه وهي
رواية زياد بن عبد الرحمن الأندلسي حكاه الشيخ أبو محمد في نوادره وأصل ذلك ما روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ضرر ولا ضرار والضرر ادخال الضرر على الجار دون منفعة

لغيره به ولو على بطنك
فأمره عمر أن يمر به ففعل
الضحاك

لمن جوز ذلك الضرر وأنكر الشافعي على مالك أنه روى حديث عمر بن الخطاب ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ولم يأخذه وليس كما أنكر فان محمد بن مسامة ممن خالفه في ذلك وخالف على منعه ذلك ولو اعتقد أنه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره على أن ناذرنا وجوهنا من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسامة وإنما أقسم عليه لما أقسم تحكما عليه في الرجوع إلى الأفضل فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكما عليه وثقة بأنه لا يحسنه فيبر بقسمه وإن كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه كراما له وإيجابا لاسيما إذا ادعاه إلى أمر هو أفضل مما ذهب هو إليه في الدين والدنيا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول عمر لابن مسامة والله ليمرن به ولو على بطنك دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الإيمان لانه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد وإن كان يمينه على معنى التحكم عليه فان محمد بن مسامة لا يسمح بمثل هذا ولا يتحكم عليه بمثله ويحتمل أن يرد به ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى أنه الحق وحاربت وأدبت المحاربة إلى مالك وأجرأته على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق والأول أظهر والله أعلم وأحكم ص ١٢٠ مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن ابن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فنعى صاحب الحائط فكل عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله ١٢١ ش قوله كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف قال يحيى الربيع الساقية الظاهرة وأراد عبد الرحمن أن يحوله عن مكانه من الحائط إلى مكان هو أقرب إلى حائطه ليقترب تناوله وتقل مسافته لما يحتاج من إصلاحه فقضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط وقدر روى ابن القاسم عن مالك ليس له ذلك ولم يأخذ مالك بما روى في ذلك عن عمرو روى عيسى في المدونة عن مالك أنه لا يرى له تحويله وإن لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر الآن يرضى به وبه قال أبو حنيفة وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك أن لم يضر ذلك به فليقض عليه بذلك قال ابن نافع وهذا فيما أراد تحويله وقال عيسى بن دينار يقضى عليه بذلك ورواه يحيى عن ابن نافع ووجه القولين على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد يرد صاحب الحائط تحويل ساقية أو طريق لغيره في أرضه إلى موضع هو أرفق به وروى عن مالك في أرضين رجل بينهما طريق فأردت دفع الطريق إلى أرضي أذهو أرفق بي وبأهل الطريق فقال ليس ذلك الآن يكون الشيء القريب كقدر عظم الذراع ولا مضرة في ذلك وقال ابن حبيب قال ابن القاسم ليس لأحد أن يجري طريقا وإن كانت أسهل من الأولى وإن أذن بذلك من جاوره من أهل القرى لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم إلا أن تكون الطريق لقوم معينين فيأذنون فيها وقال ابن الماجشون ينظر الإمام في ذلك فإن رأى تحويلها منفعلة عامة في سهولها وقرىها وأقرب وسهل فله أن يأذن في ذلك وإن رأى في ذلك ضررا على أحد منع منه وإن حولها بغير إذن الإمام نظره فيه فإن رأى ذلك صوابا أمضاه والأردّه

* حدثني مالك عن عمرو
ابن يحيى المازني عن أبيه
أنه قال كان في حائط جده
ربيع لعبد الرحمن بن
عوف فأراد عبد الرحمن
ابن عوف أن يحوله إلى
ناحية من الحائط هي
أقرب إلى أرضه فنعى
صاحب الحائط فكل
عبد الرحمن بن عوف عمر
ابن الخطاب في ذلك
فقضى لعبد الرحمن بن
عوف بتحويله

﴿ القضاء في قسم الأموال ﴾

ص ﴿ مالك عن ثور بن زيد الدبلي انه قال بلغني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام ﴾ ش قوله أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية يحذف أن يريد به نفقت قسمتها في الجاهلية وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا ويحتمل أن يريد بها استحققت سهامها في الجاهلية بان مات ميت فورته ورثته قبل أن يساموا فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها يرصد صلى الله عليه وسلم ترك الرذائل سلف من عقودهم في جاهليتهم وامتناعها على ما وقعت عليه ولذلك لا يرد شي من بيعهم ولا أنكحهم وإن كانت فاسدة بل يصحح الاسلام الملك الواقع بها

(فصل) وقوله وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين والظاهر منه والله أعلم أن ما كان من مال أهل الجاهلية مشتركاً فدخل عليهم الاسلام ولم تقسم فهي على حكم الاسلام دون ما كانوا يعتقرونه ويقتسمون عليه في جاهليتهم مثل أن يرثوا داراً في الجاهلية فلا يقسمونها حتى يدخل على جميعهم الاسلام فانهم يقتسمونها على موارث الاسلام وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك أن ذلك في المجوس والفرس والفرزية وكل من ليس له كتاب فأما اليهود والنصارى فأرسلوا بعدان ورثوا داراً فانهم يقتسمونها على مقتضى شرعهم يوم ورثوها وروى مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن نافع عن مالك أن ذلك في الكفار كلهم أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب وبدل قال أبو حنيفة والشافعي وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شرعهم أحكامها ثابتة مشروعة وإن كالأندري ما غير وامنأ وقد طرأ عليها النسخ ولذلك كانت أحكام نسائهم في جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب ولذلك جزلنا كل ذبايحهم دون ذبايح غيرهم والموارث انما يرعى استعمالها يوم التوارث لا يوم القسمة ألا ترى أن النصراني إذا أسلم ثم مات لم يرثه أحد من ورثته وإن أسلموا بعد ذلك لأنهم غير ورثته يوم وفاته وهو يوم انتقال المال وتناول الحديث على أن لفظه عام وقد خص بما ذكرناه وأنه أراده من ليس من أهل الكتاب ولذلك ذكر الجاهلية وانما ينطلق ظاهرها على مشركي قريش ونحوه أيضاً على ما تقدمناه من أنه أدرك الاسلام قسمتها بالاستحقاق دون ضرب الحدود وتمييز مواضع الحقوق ووجه الرواية الثانية التعلق بعموم الخبر ولم يخص أهل كتاب من غيرهم (فرع) وهذا إذا أسلم جميعهم فإن أسلم بعضهم فقد اتفق مالك وجميع أصحابه على أنه إن أسلم جميعهم الا واحد منهم فإن القسمة تكون على أصل حظوظهم ورواه ابن مزيين عن ابن نافع وقال بعض شيوخنا أن حكم الاسلام يغلب على حكم الكفر إلا في هذه المسئلة وفي هذا القول نظر لأنهم ما يوم القسمة كانوا كافرين ولولا أن الفقهاء اتفقوا على حمل الحديث على هذا الوجه لساغ أن يقول قائل انه لا يقسم الا على مقتضى شرعهم وإن أسلم جميعهم ويحمل الحديث على أن معنى قوله على قسم الاسلام على صفة من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عند من جعلها بيعاً وسلامته مما يفسد القسمة عند من جعلها تمييزاً حق وإن تكون مآدير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجب شرعهم يوم التوارث وانما عدلنا عن هذا الوجه مع احتمال اللفظ له بل مع كونه الاظهر من

﴿ القضاء في قسم الأموال ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ثور بن زيد الدبلي انه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام

اللفظ لاتفاق علماء العصر على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) واختلف العلماء في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق ولاصحابنا مسائل تقتضي كلا القولين ونحن ننبه عليها عند ذكرها إن شاء الله تعالى وقد قال مالك في المدونة إن القسمة بيع من البيوع ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه لأنه ملك حصة صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه وهذه معاوضة ومبايعة محضة ووجه قولنا إنها تمييز حق أنه غير موقوف على اختيار المتقاسمين بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة وذلك ينافي في البيع ثبت أنها تمييز حق وقد روى أشهب عن مالك في العتية والمجموعة في ثلاثة أخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاقسموهم فأخذ كل واحد عبد المات عبد أحدهم واعترف عبد الآخر في مات بيده العبد لا يرجع بشئ ولا يرجع عليه بشئ ويرجع الذي استحق في يده العبد على أخيه الذي بقي عنده العبد فيكون له ثلثه والذي هو يسده ثلثاه قال أشهب في المجموعة فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يده العبد على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته ولكن ليس كالبيع فقد قال سحنون القسم ليس كالبيع (مسألة) إذا ثبت ذلك ففسد قال القاضي أبو محمد إن القسمة في الأصل على ثلاثة أوجه قسمة مهايأة وهي إن يتهايا الشريكان فيأخذها دارا يسكنها وهذا دارا يسكنها وهذا أرضا يزرها وهذا أرضا يزرها فيجوز ذلك بالتراضي وليس بواجبة يجبر عليها من أبدا لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع يأخذ أحد الشريكين دارا على أن يأخذ الآخر دارا أخرى فهذه قسمة جائزة لأنها بيع ومحصولها أن باع أحدهما حصته من إحدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى وهو الوجه الثاني والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل وذلك إذا كانت الداران مختلفتي البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شئ منه من نخل وشجر فأن تعدل بالقيمة ويضرب عليها بالسهم وهذا الذي قاله كله فيه نظر وذلك أن الذي ذكره شيوخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب قسمة قرعة وتعديل وهي التي يجبر عليها من أبي القسمة فيا ينقسم وقسمة مراضاة ومهايأة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل ولكل واحد من هذه الأضرب أحكام يختص بها (فرع) فأما قسمة القرعة فأنها تصح في المتائل أو المتجانس وسيأتي ذكر ذلك وشرحه بعد هذا ولا يصح أن يجمع فيها أيضا الثمن لغير علة بل يقدر نصيب كل إنسان قاله مالك في المدونة ووجه ذلك أنها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه إلى جانب سهم آخر معين ينافي استقصاء الحقوق (مسألة) وصفة ذلك أن يقسم العرصة وتحقق على أقل سهام الفريضة فما كان متساويا قسم بالذرع وما اختلف أجزاؤه قسم بالقبة روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وقال هو قول جميع أصحابنا قال القاضي أبو محمد فربما كان الحد الواحد من أحد طرفي العرصة يعادل حدش من ناحية أخرى وحكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر يقوم القاسم كل شجرة أن كان ممن يعرف ذلك والأسأل أهل المعرفة بالقبة ومن يجس حل كل شجرة فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها وأخرى يكثر حلها ولا منظر لها وإذا قوم ذلك كله جمع القيمة فقسمها على قدر السهام ثم يكتب أسماء الشركاء في رقاع ويجعل في طين أو شمع ثم يرى كل بندقة في حقة فن حصل اسمه في جهة أخذ حقه متصلا في تلك الجهة وقيل تكتب الجهات ثم يخرج أول بندقة من الأسماء وأول بندقة من الجهات فيعطى من خرج اسمه نصيبه في تلك الجهة فهذا الذي ذكره

القاضي أبو محمد وهو قريب مما يقتضيه قول مالك والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء في رقايع وان اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت قال ابن الماجشون فهذه تقسم الأرض على خمسة أسهم وتضرب بثلاثة أسهم يديك تكتب اسم كل واحد منهم في رقعة وهم ثلاثة قال وقيل يضرب بخمسة أسهم يديك تكتب اسم كل واحد منهم في رقعتين واسم البنت في رقعة قال والأول أصوب قال الشيخ أبو محمد يدلان الضرب انما يخرجك الى ثلاثة أسهم والضرب بها يكون ضربين لا أكثر قال ويستمر ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها بأي جهة من الجهات فان اختلفوا أقرع على أي الجهات يبدأ بالأخذ منها فأى جهة خرجت عمل على البداية بها ثم يؤخر رقعة من تلك الرقايع فن وجد فيها اسمه أعطى أول نصيب من تلك الجهة بقدر سهمه فقد استوفى حقه وان كان أقل من حقه أضيف اليه حقه ولا سبيل لأحد أن يأخذ شيئا متمسلا بالسهم الأول حتى يستوفى هذا حقه لثلاث دخل عليه مضرة تفريق حصته فاذا استوفى حقه هذا تميز حقه وبقي باقي الأرض بين باقي الاثراك فيعمل لهم في باقي الأرض مثل ذلك حتى يتميز حق كل ذي حق منهم وهذا معنى ما في المدونة من قول مالك وابن القاسم وقال محمد بن عبد الحكم وقد قيل ان صاحب السدس لا يكون الا في أحد الطرفين والأول أحب الى قال الشيخ أبو محمد انما هذا اذا كانت القسمة بين ابن وزوجه وهذا الذي أنكره أبو محمد وقيل يكون مع الجماعة أيضا اذا كانوا أهل سهم كالعصبة فقد قال مالك في المجموعة في قسم الأرض بين الزوجة والعصبة يضرب لها في أحد الطرفين قال ابن القاسم كان العصبة واحدا أو جماعة قال ابن حبيب لان العصبة كاهل سهم واحد وقال المغيرة في الزوجة مع العصبة انها تعطى حقا حيث خرج في طرف أو غيره قال ابن الماجشون وبهذا أقول فتبين بهذا أن الاختلاف الذي أنكره الشيخ أبو محمد هو اختلاف من قول أصحابنا حيث يتصور اختلاف فان الموضع الذي فسر به لا يتصور فيه الخلاف وانما ثبت الخلاف بما ذكرناه لا اختلاف أصحابنا في العصبة هل هم أهل سهم أم ليسوا أهل سهم وقد ذكرته في الشفعة فن جعلهم أهل سهم جمع سهامهم في القرعة وأفرد عنهم من ليس منهم ومن لم يجعلهم أهل سهم لم يجعل سهامهم الا بحسب ما تجتمع القرعة أو تفرقه والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فان هذه القسمة ان ثبت فيها بعد هذا غبن في قيمة أو ذرع كان لمن وجدت في حصته المطالبة به لانه دخل على قيمة مقدرة أو ذرع مقدرة فان وجد في ذلك نقصا كان له الرجوع به

(فصل) وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل فهو أن يعدل الأرض بقدر السهام على اختلافها من كان له نصف ميزله النصف ومن كان له ثلث ميزله الثلث ومن له السدس ميزله السدس وان كانت الأرض متساوية فبالذرع وان كانت مختلفة فبالتقويم أو بهما ثم يتراضون على ما خرج لكل واحد منهم ويرون انهم قد تساوا أو سواه كان ذلك في جنس واحد أو أجناس مختلفة متباينة فان ذلك كله جائز وهذه القسمة أيضا متى ظهر فيها على غبن في ذرع أو قيمة كان للمغبون المطالبة بذلك لما قدمناه

(فصل) وأما قسمة المراضاة بغير تقويم ولا تعديل فهو أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد منهم ما عين له ويتراضوا به من غير تقويم ولا تعديل فهذه القسمة أيضا تجوز في المختلف من الأجناس ولا قيام فيها للمغبون لانه لم يأخذ ما صار اليه على انه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدرة ولا على انه مماثل لجميع ما كان له وانما أخذه بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه سواء كان أقل منه أو أكثر فالضربان الأولان من القسمة أقرب الى تميز الحق وهذا الضرب أقرب الى انه يبيع من البيوع والله

أعلم وأحكم (مسئلة) أجرة القسام على عدد الرؤس عند مالك وقال أصبح على قدر الانصاء وبه قال الشافعي وجه القول الأول ان اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم بل ربما اقليل الانصاء وزيادة في العمل وذلك انه لو كان لثلاثة أفراس الأرض لأحدهم نصفها وللآخر ثلاثة أمانها والثالث ثمنها لا لثلاثين لمصغره زيادة في العمل ولاحتاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أمانا ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنتين لكل واحد منهما نصفها لكان العمل والقسمه فيها أقل فاذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير ولم يؤثر العمل لا يسيرا أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير وقد أثر عملا كثيرا فوجب اطراح ذلك والاعتبار بعدد الرؤس ووجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لانه يقسم أمانا أربعة وصاحب الثمن لا يقسم له الا جزء واحد وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع الى أكثر مما يحتاج اليه الجزء الصغير وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة لانه اعوض عن العمل وقول أصبح أظهر لاسيما اذا كانت القسمة بالقرعة والسهام وأما اذا كانت قسمة مرأضة دون تقويم ولا تعديل فالعمل متقارب فهي الى أن يكون الى عدد الرؤس أقرب والله أعلم وأحكم ولو طلب جميعهم القسمة الا واحد منهم أي ذلك أجبر عليها فقد قال مالك على الآبي والطالب أجرة القسام على السواء (مسئلة) واذا شهد القاسم في القسمة فقد قال مالك لا يجوز شهادة القاسم قال ابن سحنون عن أبيه سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره لانه شهد على فعل نفسه وقال ابن الماجشون ان كان القاضي أمره بالقسمة وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة اذا ذكر القاضي اليوم انه أمره بذلك وكذلك العامل والمحلف والكتيب والناتر الى العيب وكل ما لا يباشره القاضي قال ابن حبيب وان لم يكن هذا القاضي هو أمر القاسم وانما أمره من قدرج من الحكم أو قوم تراضوا به في القسمة فلا يجوز في ذلك شهادة القاسم أصلا ولا بد من شهادة اثنين سواء وكذلك من تقدم ذكره قال ابن الماجشون لان فعل المأمور في ذلك كفعل الأمر مرتقا أو غير مرتق وقال ابن حبيب هو تفسير قول مالك قال ابن حبيب وليس بمعنى الشهادة بل هو بمعنى المعونة وهذا الذي قاله ابن حبيب فيه نظر لان القسمة تصح من غير القاضي وانما يستنيب القاضي فيما يختص به من الأحكام كالأعذار الى من شهد عليه عنده ونحوه والله أعلم وأحكم

(فصل) وعاد الكلام الى ما قاله القاضي أبو محمد فأول قوله ان أخذ أنواع القسمة قسمة المياأة وهو أن يسكن أحد الشريكين دارا والآخر دارا أخرى أو يزرع أحدهما أرضا ويزرع الآخر أرضا أخرى وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب وانما هو من قسمة المنافع وقد ذكر قسمة الرقاب على ثلاثة أضرب فأما قسمة المنافع فانها على ضربين أحدهما أن يتبايا بالأزمان والثاني أن يتبايا بالأعيان فأما التباي بالأزمان فعلى ضربين أحدهما أن يقول لا يستخدم أحدنا العبد يوما ويستخدمه الآخر يوما ويزرع أحدهما الأرض عاما ويزرعها الآخر عاما والبضرب الثاني أن يقول لك غلته يوم ولى غلته يوم آخر فأما التباي على أن تكون غلته يوما لأحدهما ويوما للآخر ففي كتاب محمد لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وان كان ذلك يوما واحدا قال محمد وقد سهل مالك في اليوم الواحد ذكره في أكثر منه وأجازه في الخدمة فوجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته في يوم أحدهما أكثر منها في يوم الآخر مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل ووجه الإباحة ان الغرر في ذلك قليل لقصر المدة وتقاربها وتساوي غلتها في ذلك في غالب الحال ويحتمل أن تكون

رواية المنع مبنية على أن القسمة يبيع ورواية الإباحة على أنها تميز حق (مسئلة) وأما في الخدمة وهو قوله يخدمني اليوم ويخدمك غدا فاتفقوا على تجويزه في الأيام اليسيرة فقال ابن الموزانما يجوز في مثل خمسة أيام فأقل وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجوز في الشهر قال ابن القاسم وأكثر من الشهر قليلا (فرق) والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله في مثل ما يستعمله فيه الآخر في مدته وذلك أنه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاءه وأما الغلة فجبهولة وقد يستعذر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه فإذا طالت المدة كثرت المخاطرة (مسئلة) وأما الدور والأرضون فقد قال ابن القاسم في المجموعة إن التباين يجوز فيها السنين المعلومة والأجل البعيد ككرائها ووجه ذلك أنها مأونة لأنه إن كان التباين في أرض المزارعة فلا يجوز عندي الآن أن تكون مأونة

(فصل) فأما التباين بالأعيان فإن يستعمل هذا عبدا ويستخدم هذا آخر وزرع هذا أرضا ويزرع صاحبه أخرى ففي المجموعة عن ابن القاسم يجوز هذا في سكنى الدور وزراعة الأرضين ولا يجوز في الغلة والسكراء ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وقوله لأن قسمة المنافع ليست بقسمة يبيع وقسمة الرقاب قسمة يبيع أيضا فيه نظر لأنه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل الأول وغيره أن يعكس عليه القضية بغير دليل وأذ قد أخرجته قسمة إلى أن جعل قسمة المراضاة قسمة يبيع وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها والله أعلم وأحكم

(فصل) ونضمن قوله اسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل وإنما ذكر التقويم في قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة وأكثر ما يقسم به الناس والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليست قسمة المهايأة في المنافع واجبة يجبر عليها من أبها أقول فيه نظر فإن قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضا أحدا وإنما يجبر على قسمة القرعة خاصة إذا وجبت وقد أشار مطرف وابن الماجشون في الواضحة إلى أنها لا تثبت في حق الصغار فقال إن كانت الأرض مستوية في كرمها أو لو مها قسمت بالقيمة وإن تراضوا وهم أكبر على قسمتها بالتعري والمراضاة على السواء أو التفاضل على غير قيس ولا قيمة فذلك جائز قاله أصبغ فشرطوا في جواز هذه القسمة كون المتقاسمين أكبر وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا أنه لا يجوز على الأصغر الاقصة القرعة وهو الذي يقتضيه النظر الآن يكون في قسمة المراضاة وجهين من المصلحة للإتيان بذلك جائز كالبيع عليهم والله أعلم وأحكم

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول فبين هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة أن البعل لا يقسم مع النضح الآن يرضى أهله بذلك وأن البعل يقسم مع العين إذا كان يشبهها وإن الأموال إذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فإنه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه الميزة ش وهذا على حسب ما قال إن من ترك أموالا بالعالية والسافلة ومجاهتان بالمدينة وأشار بالأموال إلى الأرضين وما فيها من الشجر وإن كان اسم المال واقعا على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك الآن عرف أهل المدينة كان في ذلك الزمان إطلاق اسم الأموال على الأرض وما فيها من النخيل والأعشاب وقال إن البعل لا يقسم مع النضح وقد تقسم ذكر البعل والنضح في كتاب الزكاة فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان في القسمة يريد قسمة القرعة التي تكون بالجبر ولا خلاف في ذلك ولذلك قال مالك الآن يرضى

قال يحيى وسمعت مالكا يقول فبين هلك وترك أموالا بالعالية والسافلة أن البعل لا يقسم مع النضح الآن يرضى أهله بذلك وإن البعل يقسم مع العين إذا كان يشبهها وإن الأموال إذا كانت بأرض واحدة الذي بينهما متقارب فإنه يقام كل مال منها ثم يقسم بينهم والمساكن والدور بهذه الميزة

أهله بذلك وهذا اللفظ يحتمل وجهين أحدهما الإبرضا أهله بذلك فيقسم بينهما بالقرعة وانما ينفي مالك في موطنه القسمة على هذا التأويل إذا أبي ذلك أحدهما ويثبت الجواز إذا اتفقا على المراضاة بذلك وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين لا يقسمان بينهما إلا أن يراضيا ويعتد لافي القسم يريد بالقية قال سحنون ترك ابن القاسم قوله وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين وإن تراضيا فقولها إلا أن يعتد بالقية دليل على أنه أراد القسمة بالقرعة لأنه لا خلاف أن لهم أن يأخذ أحدهما النخلة والآخر الزيتون من غير قرعة وهذا نصريح بتجوز جمع المختلفين في قسم القرعة إذا تراضى بذلك المتقاسمان وانما يمنع منه إذا أباه أحدهما وذكر سحنون عن ابن القاسم أن قوله المعروف أنه لا يجوز ذلك وإن تراضيا وقال ابن عبدوس عن أشهب أن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب ومن وافقه يكون معنى قوله إلا أن يرضى أهله بذلك يريد أنه إن رضى أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه إلا أن يرضى أهله بذلك أنه لا يجوز هذه القسمة بالقرعة إلا أن يرضى أهله بذلك فيقسمونه مراضاة دون قرعة (مسئلة) ومنع في قوله أن يجمع بين البعل والنضح وجوز أن يقسم البعل مع العين يريد ما يسقى بالعين من غير نضح وهو السبح لانهما مما يزكى بالعشر والنضح يخالف لهما في ذلك فانه مما يزكى بنصف العشر وقدرى في المجموعة ابن وهب عن مالك نحوه وكذلك قال أنه يجمع في القسم الأموال التي بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة الأما كن دون ما تباعد منها قال والمساكن والدور بهذه المنزلة يريد أنه يراعى فيها تقارب الأما كن وتفسر ذلك أن كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والأرحى والأنشجار على اختلاف أنواعها وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والطياب والعروض على اختلاف أنواعها فأما الأصول الثابتة فإذا كانت كثيرة ذات أنواع وكان كل نوع منها يحتمل القسمة فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها في موضع واحد وأراد بعضهم أن يعطى حصته من كل موضع فإن مذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء في موضع منها بشرط تفسيره بعد هذا إن شاء الله وقال أبو حنيفة والشافعي يقسم لكل إنسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض والدليل على ما نقوله أن القسمة على العدد مع اتفاق المنافع والأما كن أعود بالمنفعة وأبعد من المضرة لأنه إذا قسم كل دار وكل أرض قلت قيمتها وفسد كثير من منافعها ولذلك أثبت الشفعة في الأملاك وذلك مما يفي بقيتها ومن الأمر البين من حصلت له دار بكاملها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها فكان ما قلناه أولى

(فصل) وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد وأكثرا أصحابنا على الإطلاق وقال ابن عبدوس عن أشهب في أمر جنة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حقه من كل أرض وقال بعضهم يجمع نصيبه أن كانت في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته في مكان وإن زاد حظه على أرض واحدة أخس من أخرى تمام حقه فإذا استوفيت أنصباة الذين أرادوا الجمع قسم للذين أرادوا التفريق على ما تراضوا به قال ابن عبدوس تجعل سهام الذين يريدون التفريق بينهما واحدا وسهام الذين يريدون الجمع بينهما ثم يفرع فان خرج سهم من يريد التفريق جمع السهام في حقوقهم وصار لكل رجل واحد حينما خرج منهم أحد ممن يريد الجمع أخذه ثم يقسم الذين أرادوا التفريق كل أرض على حدة قال أشهب وإن تباعدت الأرض ليست في نمط قسم الذين أرادوا التفريق

انصباءهم في كل أرض ثم يقسم الذين أراذوا والجمع على ما تراضوا عليه من الجمع قال ابن عبدوس يجعل سهم من أراذال جمع ههنا بينهم شيئاً واحداً يسهم لهم في كل أرض ويجمع سهامهم فيها وأعطى من أراذال التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع قال ابن عبدوس وليس هذا أصل مالك وأصحابه لانه لا يجمع عندهم حظ اثنين في القسم وهذا أيضاً على ما ذهب اليه أشهب ان الشراكاء اذا راضوا يقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز ذلك وخالف فيه أصحابه (مسئلة) اذا ثبت ذلك للمراعى فيما يلزم به الجمع شرطان أحدهما تقارب المنافع وبجانسها والثاني تقارب المواضع فان انخرم من هذين الشرطين أحدهما لم يلزم الجمع وفي العتية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في الأرضين اذا تقاربت وبعضها بعين وبعضها بنضح لم تجتمع وان تباعدت وكانت كلها تسقى بعين أو بنضح لم تجتمع وان تقارب سقيها كلها بنضح أو بعين جعت (فرع) اذا ثبت مراعاة هذين الشرطين فقد قال في الأصل ان البعل يقسم مع العين وهو المشهور من المذهب وروى أشهب وابن وهب عن مالك في المجموعة لا يقسم مع السقي وان تقاربت الحوائط وقال ابن حبيب لا يضم ما يسقى بعين أو بنضح مع البعل في القسم ولا النضح مع السقي لاختلاف المئون (مسئلة) وأما الأرض الكريمة والثلثة فقد قال ابن الماجشون في المجموعة اذا تدانت الأرض في كرمها واشتبهت الحوائط جعت في القسم ان تقاربت مواضعها وقال ابن القاسم في المدونة ان اختلفت العينون في سقيها الأرض واختلفت الأرض في كرمها قسمت كل أرض مع عيونها على حدة قال سحنون أيضاً في المجموعة وأما الارضون في نمط فجمع وان تقاربت في الكرم قال سحنون وابن القاسم لا يجمعها وقال عيسى ان كانت الارض الكريمة تحتل القسمة والارض الثلثة تحتل القسمة وتباينها يقتضى اختلافها في الجنس كزبيب الثياب وغلظها في البيع الى أجل وقول ابن القاسم في الدور خلاف قوله في الثياب ولعله قد قال في المسئلة بقولين والله أعلم وأحكم وجه الجواز ان المراعى في القسمة جنس المنافع دون تفاضلها ولذلك تجمع ثياب الحرير وغلظها ورقيقها مع الفراء وثياب الكتان وغلظها ورقيقها ويشبه أن تكون رواية المنع مطردة على قول أشهب في الثياب ورواية الاجازة على قول ابن القاسم (مسئلة) وأما الأشجار فقد روى أشهب عن مالك في الحائطين المتقاربين المشتبهين في السقي أحدهما عجمية والآخر صيحاني يجمعان في القسم ولم يراع فيه جودة الثمر ولا رداءته لانه أمر غير موجود حين القسمة ولا ثابت فالتمايز به أن يراعى جودة الشجر في أنفسها وسيأتي ذكره ان شاء الله تعالى وقد قال مالك في النخل تختلف ألوانه في الحائط كالبرنى والصيحاني واللون والجعرورانه يقسم على القيمة ويجمع لكل واحد حظه في موضع من الحائط ولا يلتفت الى ما صار لكل واحد منهم من أنواع الثمر وهذا في الجنس الواحد لتقارب منافعه وأما الأجناس المختلفة في المجموعة عن ابن القاسم في شجر تفاح ورماني وخوخ وتمر وغيرهم من الفواكه مختلطة في جنان واحد يجمع ذلك كله في القسم بالقيمة والسهم قال سحنون هو استحسان الفرق باجتماع السهم وأنا أكرهه أن يقسم هذا قسمة واحدة وزاد في المدونة بانه اذا قال في الفواكه فان كل شيء من ذلك على حدة يحتل قسم كل جنان على حدة قسم فعلى هذا القول لابن القاسم وما تقدم له قبل أن ما يقسم على ثلاثة أضرب يجمع بينه في القسمة وان كان كل نوع منه يحتل القسمة بانفراده كالنخل منها البرنى والصيحاني وسائر أنواع الثمر وضرب يجمع بينه اذا لم يحتل أنواعه في القسمة ولا يجمع بينه اذا حلتها كالفواكه والجيد مع الرديء وهذا

القسم الاول هو الذى قال فيه سخنون لما أورده مطلقاً من هذا التقيد انه استحسان وهو مطرد على قول ابن القاسم فى جمعه غليظ الثياب ورقيةها والفراء مع القمص وضرب لا يجمع بينه بوجه كالخلى مع الثياب والبعل مع النضج وأما تفاضل الأشجار فى أنفسها فقد حكى ابن عبدوس عن سخنون فى الشجران كان بعضها أقل من بعض والارض بعضها أكرم من بعض جعت فى القسم الآن يأتى من ذلك أمر يتباين وقال ابن حبيب مثله (مسئلة) وأما الدور فاعلمت تفاضل البنين أو رغبة الناس فى المواضع والزهد فيها فأما البنين فقد قال سخنون فى كتاب ابنه ان كانت احدى الدارين قاعة لم يجمعها فى القسمة وان كان بناء احدى الدارين أجود من بناء الأخرى جعت فى القسم اذا كانت فى نمط واحد وهو قول عبد الملك بن الماجشون فى المجموعة اذا اشبهت الدور فى بنائها وتقاربت جعت فى القسم فى معنى من مجموع قولها مراعاة فصلين أحدهما ان كانت احدى الدارين عارية من البنين أو خربة فى حكم العارية لم تجمع مع المبنية والفصل الثانى أن يكون بنائها متبايناً فيقتضى قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده انهما لا يجمعان وهو عندى طرد قول أشهب فى أن ما كان من الثياب فى البيع جنسان مختلفان انه لا يجمع فى القسم وما كان فى البيع جنسا واحداً فانه يجمع فى القسم وقد حكى ابن عبدوس عن سخنون فى الشجر والارض تجمع فى القسم وبعضها أفضل من بعض الآن يتباين فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل فى البنين فى القسم الآن يتباين فلا يجمع والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما الاماكن فقد قال أشهب فى المجموعة اذا كانت الدارين فى نمط واحد جعت فى القسم وان كان بعضها أعمر من بعض كالارضين فى نمط واحد وبعضها أكرم من بعض قال سخنون وليست الدور كالارضين فقد تكون الدور فى نمط ونفاها مختلف ومن دارى الى الجامع نمط واحد وهو متباين الاختلاف فنبت الاختلاف بين أشهب وسخنون فى النمط الواحد ويجب أن يحقق مع النمط معنى النمط ثم يبين وجه الاختلاف وذلك أن النمط يستعمل كثيراً بمعنى التقارب فى الصفة فيقال هذه الثياب نمط واحد وهؤلاء القوم من نمط بمعنى التقارب فى الصفات والأحوال الا انه لا يصلح أن يريدانه فى هذا الموضع للتقارب فى الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والربض الواحد ويحتمل أن يريد به التقارب فى المكان فقد جعل أشهب ذلك شرطاً فى صحة الجمع ومنع منه سخنون الابان يضم الى ذلك صفة أخرى وهى التقارب فى رغبة الناس فقد يكون أحد طرفي المحلة أو الموضع الذى يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من مرفق من المرافق جامع أو مسجد أو سوق أو غير ذلك غير أن أشهب جوز الجمع بين ما تقاربت مواضعه وان كان بعضهما أكرم من بعض كما جوز جمع الارض المتقاربة وان كان بعضها أكرم من بعض فكان يجب على قوله فى الثياب أن يمنع من ذلك الا فى التفاضل اليسير الذى لا يختلف فيه المنافع اختلافاً بينا وقال ابن حبيب قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والأخرى بعيدة من ذلك فلا يجمع بينهما الا براض بغير سهم فبين بعض الوجوه المراضاة فى تفضيل الأماكن ولم يذكر ان ذلك فى نمط واحد أو أتماط متباعدة وقال ابن القاسم فى المجموعة ما كان حول المسجد من الدور فهو الذى تشاح الناس فيه ويضم بعضه الى بعض وفى المجموعة لابن القاسم اذا كانت احدى الدارين فى ناحية من المدينة والدار الأخرى فى ناحية أخرى بعيدة من الأولى الآن رغبة الناس فى الموضعين سواء فانهما يجمعان فى القسم لان الدارين سواء

في الموضوع والنفاق فلا يلتفت الى افتراقهما فذهب الى ان المراعى في الأماكن تساويهما في رغبة الناس وان تباعدت وفرق بين الدور والأرضين ان البلد الواحد لا يختلف اغراض الناس فيه مع تساوي الموضوعين في النفاق والمرافق وتختلف في البلدين فتلخص من هذا ان أشهب يراعى في الأماكن تقارب الدور في النطق ويراعى سحنون القرب والتساوي في النفاق ويراعى ابن القاسم التساوي في النفاق خاصة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب وسحنون في مراعاة القرب فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة اذا تباعد ما بين الدار بن مثل منزلي هذا ومنزل آخر

بالثنية لم يجمع في القسم بخلاف الضيل والحوائط (فصل) وأما البعد في الأرضين قال ابن القاسم ان كانت القرى متباعدة اليوم واليومين قسمت كل قرية مفردة وان تساوت رغبة الناس فيها قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا كله عندي بقدر ما يرى من البعد والقرب ويؤدي اليه الاجتهاد وانما ذكرنا ما ذكرنا منه ليتقوى به المجتهد على ما يريده من النظر والاجتهاد وقد قال ابن الماجشون في المجموعة ليس للقرب حصد الا بقدر ما يرى يوم يقع (مسألة) وأما الأثجار فان ابن حبيب يجمع البعل كله اذا تجاور في الموضوع كالميل والميلين وقال في العتية والمجموعة عن مالك في املاك بين ورثة منها وادى القرى وبخير وبالفرع ان من كان منها وادى القرى وبخير جمع في القسم ويجمع ما كان بالفرع الى ما كان بناحيته قال عنه أشهب بخلاف الدور وقد قال عن مالك في المدونة في الحوائط المتباعدة بينها اليوم واليوم ان كل شيء من ذلك بقدر بالقسمه قال عنه أشهب ولا يقسم حوائط المدينة مع حوائط خير وقال في كتاب الصلاة

بينهما ثمانية وأربعون ميلا

(فصل) وأما الماجل والحمام والبيت الصغير فقد قال مالك لا يقسم الحمام وغيره مما في قسمته ضرر قال عبد الملك في المجموعة لم أعلم أحدا من أصحابنا وافق مالك على قسمة الحمام ولا سمعت من يستجيز ذلك قال ابن حبيب وهو قول أبي حنيفة وهو شاذ لم يقل به أحد من أصحاب مالك الا ابن كنانة قال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم وان كان أصغرهم حفظه انتفاع في وجهه من وجوه المنافع وان قل مما لا ضرر فيه فالقسم قائم قال ابن حبيب ورواه أصبغ عن ابن القاسم قال مطرف والذي أخذه ان كان لبعضهم في ذلك منفعة لسبعة سهمه وبعضهم لا ينتفع به لصيق سهمه فيقسم بينهما كما قال مالك وان كان لا ينتفع به واحد منهم فبيعه وقسمته ثمانية أولى بالصواب واحج مالك لقوله بقوله تعالى مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا وقال من خالفه في ذلك من أصحابنا معنى الآية ثبوت حقه ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث ويقسم ثمة دون عينه واحج ابن القاسم بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ضرر ولا ضرار وهذا أيضا يحتاج الى تأمل فقد ذكرته في الاستيفاء (فرع) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب لا يقسم الحمام ولا القرن ولا الرحا ولا البئر ولا العين ولا الساقية ولا الدكان ولا الجدار ولا الطريق ولا الشجرة وفي المجموعة يقسم الجدار ان لم يكن فيه ضرر وليس ذلك باختلاف والخلاف في ذلك كله على ما تقدم ومعنى الضرر في ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم أن لا يبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسمة مثل الدار التي تقسم فيكون ما يصير لكل واحد منهم ما يسكن وأما الحمام فلا يتصور ذلك فيه لانه لا يمكن أن يبقى نصيب كل واحد منهم حماما في الأغلب ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم ويراعى مع ذلك أن لا تذهب القسمة معظم منفعته وان بقي على حكم منفعته وأما ما يراعى ابن الماجشون وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره

(فصل) وأما ما ليس من الأصول الثابتة كالحيوان والعروض فإن منه ما يقسم دون ضرر ومنه ما لا يقسم إلا بضرر فاما ما يقسم دون ضرر فكجماة العبيد والدواب والثياب فاما العبيد فإنه يجمع في القسم ذكورهم واثانهم صغارهم وكبارهم وأعجميهم وفصيحيهم وحسنهم وقبيحهم زاد ابن القاسم والحديث وان تقاربت أثمانهم إذا اعتدلت في القيمة قاله ابن حبيب قال روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك لجماعة فأراد بعضهم قسمه أن يستطيع أن يقسم قسم والبيع فإن كان من جماعة الرقيق ما لا ينقسم كالخسة بين العشرة لم تقسم قال ابن حبيب ولا يجمع في القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمير ولا الأبل مع البقر ولا البقر مع الغنم وإن اعتدلت الغنم ولكن يقسم كل نوع على حدته قال ابن القاسم في المدونة والبراذين صنف على حدة ويقسم بالتراضي وقال يعقوب ابن يحيى في العتبية بلغني عن ابن الماجشون أنه لا يقسم شيء من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يباع ذلك ويقسم ثمنه قال الشيخ أبو محمد والذي روى عنه ابن حبيب خلاف هذا وجه القول الأول أنه مما تصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين ووجه القول الثاني أن ما لا تنقسم أحاده فلا تنقسم جماعته والأول أظهر في المذهب (مسألة) وأما الثياب فذهب ابن حبيب ذهب ابن القاسم إلى أن البركة من الخنزير والحرير قال في المدونة والديباج قال ابن حبيب عنه في القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء كلها جنس واحد في القسمة قال في المدونة إذا كان كل صنف لا يتحمل أن يفرق بالقسمة وأما البسط والوسائد فلا يجمع مع البر والثياب وعندى أن ظاهر هذا أن الفراء من جملة البر وإن هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئي بمعنى التجميل على الجسد وعلى هذا يجب أن يدخل في البر الأكرسية والملاحف لأنها تلبس على هذا الوجه وبذلك يتميز البر من غيره من الأجناس وهي عنده علة الجمع في القسم قال ابن حبيب وخالفه مطرف وابن الماجشون لا يقسم ثياب الخنزير والحرير مع ثياب القطن والكتان ولا مع الفراء ولا يقسم الصوف والمرعز مع ما ذكرناه قال ابن حبيب وثياب القطن والكتان صنف واحد في القسمة وإن كان فيهما قص وأردية وعمائم زاد ابن القاسم في المدونة وسراويلات وثياب الخنزير والحرير من الوشي وغيره صنف واحد إلا ما كان من وشى يربى في المدونة والله أعلم وشى القطن والكتان فلا يقسم مع وشى الخنزير والحرير وليقسم وحده قال وثياب الديباج صنف لا تقسم مع ثياب الخنزير والحرير وثياب الصوف والمرعز صنف وإن كان منها جيب وتيجان وفراء آخر فإن صنف لا يضم إلى فراء الفئليات وقال أشهب في المجموعة كل ما يجوز من هذا أن يباع واحد بائنين إلى أجل فلا يضم له في القسم لأنهم ما صنفان وكل ما يجوز ذلك فيه فهو صنف واحد يجمع في القسم قال أشهب ولو جمع ما يقع عليه اسم بر ولو جب أن يجمع ما يقع عليه اسم دابة فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الجير والأبل قال ابن عبدوس ومذهب أشهب في هذا أصح عند سحنون وعندى أنه لا يلزمه على هذا قسمة الزيتونة والنخلة لأنه لا يسلم في شيء من ذلك رأسا والله أعلم وأحكم وقال أشهب في المجموعة لا يجمع في القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت (مسألة) وأما ما كان من الطعام فلا يخلو أن يكون مما يجري فيه الربا أو مما لا يجري فيه الربا فإن كان مما لا يجري فيه الربا فلا يخلو أن يكون جزاء أو موكلا أو موزونا فإن كان جزاء أو كان مما تدعو إلى قسمته في رؤس شجره حاجة فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة وأشهب في المجموعة والعتبية عن مالك إجازة ذلك بشرط اتفاق على بعضها فما اتفقا أن تختلف حاجتهم إلى ذلك بأن يريد بعضهم

يبعاو بعضهم أن يأكل رطبا وبعضهم أن يبيع وأما أن أراد أحدهما بيعه والآخرا كله فقد جوز ذلك ابن القاسم في البلح الكبير وأنكره سحنون ولم يره اختلاف حاجة لأن الذي يبيع يجد وقد اجتمع على الجداد لأن تركه يبطل القسم وهذا الذي قاله سحنون فيه نظر لأن مال الكاجوز قسمته من غير جدفن أراد أن يجعل الجدد مجمل ومن أراد أن يؤخره آخر ولو كان على الجدد القسم بالكيل ولذلك قال ابن عبدوس لا تجوز قسمته إذا أثمر وقال في المدونة ولو اقتسماه بعدما أزهى حين اختلفت حاجتهما فتركا حتى أثمر لم تنتقض القسمة وقال في موضع آخر منها لأن قسمته ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة قبض والخرص هو الكيل وليس كل من أراد أن يبيع يجد ويباشر بيعه بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله وكذلك من أراد أن يأكل لا يمكنه جده الا حسب حاجته إلى أكله وذلك لا يتقدر الا بحسب ما يبدو اليه عند الحاجة (فرع) وروى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة أن ذلك انما يكون اذا طاب وحل بيعه قال ابن القاسم في المدونة فان لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهما بالخرص قال ولا يقسم النخل على حال الا أن يجده أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه وقال ابن القاسم في المدونة قاله هو وأشهب في المجموعة ولم يقسم البلح الأرض الكبير على الخرص وان لم يجدا أحدهما الا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهى فتنتقض القسمة لانه من يبيع الشر قبل بدو صلاحه فتيبن بهذا أن منعه قسمة البلح على الإطلاق وانما هو لمن أراد أن يقيه حتى يزهى (فرع) والشرط الثالث أن يكون مما يخرص وهو النخل والعنب فلم يجوز ابن القاسم ذلك في غيرهما وقال لا تقسم الفاكهة بالخرص وان احتاج اليها أهلها وانما ذلك في النخل والعنب وقد ذكر لي بعض أصحابنا أن مالكا رخص فيه فسأله عنه فقال لا أرى ذلك وروى أشهب عن مالك في المجموعة لأس به في النخل والعنب والتين وغير ذلك وجه القول الأول أنه معنى شرع فيه الخرص فوجب أن يختص بالنخل والعنب كالزكاة ووجه القول الثاني أن الحاجة في الزكاة إلى الخرص انما هي لانها بما جرت العادة بأكله رطبا فخرص عليهم ليتقرر مقدار الزكاة في الثمرة وتطلق أيديهم عليها وهذا معنى يختص بالنخل والعنب مما فيه الزكاة عند ابن القاسم والمشهور من قول مالك وأما القسمة فالحاجة اليها في سائر الثمار كالحاجة اليها في النخل والعنب فاباحة الخرص للقسمة في جميعها اذ لا سبيل اليها بغيره (فرع) والشرط الرابع أن يكون ذلك في الشيء اليسير وقد ذكره مالك ذلك في الثمار الكثيرة جدا لانه مما ينال بعجلة ولا يختلف عند الحاجة الا في الشيء اليسير (فرع) والشرط الخامس أن لا يختلف فيأخذ أحدهما يسرا والآخر رطبا وان كان بالخرص ولكن لا يقتسمان الرطب ويقتسمان البسر قاله أشهب في المجموعة وجه المنع من بيع الرطب بالتمر والبسر بالرطب لاختلاف صفتيهما وتعذر معرفة تساويهما حال الادخار وذلك شرط في صحة بعضه ببعض (فرع) والشرط السادس أن يتهرى تساوى الكيل في المكيل وان كان بعض الكيل أفضل من بعض كالبرنى والصيحاني والعجوة والعنب الأحمر والأسود فانه يجمع في القسم على تساوى الكيل فان أبى ذلك أحدهم قسم كل نوع مفردا قاله مالك قال وان أحببا المقاومة جاز ذلك ومن طلب منهما القسمة فذلك له قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وعندى أن هذه القسمة لا تجوز الا بالقرعة وهو ظاهر قول أصحابنا لانها تميز للحق وأما للرخصة فانه يبيع محض ولا يجوز أن ينقصد في المطعوم الا بقبض ناجز (مسئلة) فان اقتسمت الأصول وفيها ثمر فلا يخلو أن يكون من هيا أو غير من هيا فان كانت

التمر بلحا أو طلعاً فقد قال أشهب انه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل ما لم يبلغ أن يكون طلعاً أو يكون بلحا أو طلعاً فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان منعه قسمته مع الطلع لانه لا يجوز قسمته دون الطلع لانها ثمرة لم توبر ولا يجوز قسمته مع الطلع لانه ما كثر مما يجري فيه الربا وقال ابن القاسم تقسم الرقاب ويترك البلح والطلع وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال اذا لم توبر لم تجز قسمته (مسئلة) وأما ما ليس له أصل ثابت كالزرع والبقول فانه لا يقسم شيء من ذلك بالخرص حتى يجد قال ابن حبيب كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام فلا يقسم بالتعري لازرعاً ولا حصيداً ولا مدر وساولاً ومصبراً الا كيلاً فيما يكال أو وزناً فيما يوزن أو عدداً فيما يعد ما خلا الثمار اذا به اصلاحيها وقاله مالك ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون وذلك يحتمل أن يعلى بعلمين على أصل ابن القاسم لانه لا يجري فيه الخرص فلا يصح التساوي فيه والثاني انه لا يقبض في الوقت وعدم التقابض فيه يفسد قسمته وحكي ابن عبدوس عن ابن القاسم انه كره قسمته للبقول بالخرص قال ابن عبدوس لانه لا يقبض كل واحد منهما ما صار اليه وقد أخطأ من قال عنه انه لا يميز قسمته بالتعري بعد الجدد وهو يميز التعري في الخبز واللحم فكيف بما يجوز فيه التفاضل (مسئلة) وان كانت التمرة قد أزهت أفردت الرقاب بالقسمة ثم ان قسمت التمرة بعد ذلك لاختلاف الحاجة فيسقى كل واحد نخلة وان كانت تمرتها لغيره كبائع تمرته نخلة وأنكر ذلك سحنون وقال القسم تمييز حق والسقي على من له التمرة بخلاف البيع ولو كان كالبيع لم يكن على صاحب الأصل الا ان يسقى نصف ماله في أصله ونصف ما في نخل صاحبه لأن التمرة قد تختلف في الخرص فتعدل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فيختلف السقي والخرص سواء وفرق آخران الجامعة في البيع دون القسمة (مسئلة) فان قسمه صبراً فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتعري فان قسم بمقاديره فقد قال ابن الماجشون في المجموعة في قسم الرطب والتمر والعنب انه يقسم على الأكثر من شأنه في البلد من الوزن أو الكيل قال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم القاضي الزيت كيلاً أو وزناً أي ذلك شاء فعل وقد قال أشهب في المدونة يبيع الزيت بالكيل فاما بالوزن فأى عرف ما في ذلك من الكيل فلا بأس به وان كان ذلك يختلف فلا خير فيه فجعل الأصل فيه الكيل وان قسم على التعري فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل أو مما يجوز فيه التفاضل فان كان مما يجري فيه الر با فقد حكي ابن حبيب في واختمه عن مالك وأصحابه ان ما لا يجوز فيه التفاضل لا يجوز قسمته مصراً بالتعري الا كيلاً في المكيل أو وزناً في الموزون أو عدداً في المعدود وحكي ابن القاسم عن مالك انه يجوز قسمة الخبز واللحم والحيثان بالتعري وجه القول الاول انه مما يجري فيه الر با ويلزم فيه التساوي ولا يوصل الى حقيقة ذلك بالتعري لأن التعري ليس بمقدر في نفسه فيعرف به التساوي وانما يتعري به الموزون أو المكيل ولا يدرك حقيقة ذلك بالتعري ووجه القول الثاني أن التعري طريق الى معرفة التساوي والتفاضل كالوزن والكيل ولا شك ان التساوي في أحد المقدارين لا يمنع التفاضل بالمقدار الثاني (فرع) اذا ثبت ذلك فانه يجوز بشرطين أحدهما ذكره في كتاب ابن المواز انه لا يجوز ذلك في المكيل وانما يجوز في الموزون كاللحم والخبز والحيثان واحتج لذلك ابن حبيب بان التعري انما يجوز عند عدم ما يقدر به والكيل لا يعدم ولو بالخفة وانما يعدم الموازين وظاهر قول مالك في المدونة يجوز السلم في الخبز بالتعري يدل على انه يجوز ذلك مع وجود الموازين لأنه في الغالب انما يسلم اليه في أمد يمكن تحصيل الموازين فيه وكل موضع يكون فيه استيفاء ما يوزن

غالب يوجد فيه الموازين فان قال بهذا أحد من العلماء فيجوز على قوله بالتعري (فرع)
والشرط الثاني واه عيسى عن ابن القاسم في العتية ان ذلك في الشيء القليل ووجه ذلك ان
الكثير لا يتحقق فيه التساوي بالتعري وانما يوصل الى ما يقرب من ذلك في اليسير بأن كان بينهما شيء مما
لا يعتبر ولا يقصد وأما الكثير فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الاباحة وينافيا والله أعلم (مسئلة)
وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص فقد روى ابن
حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون انه يجوز اقتسامه تعرياً على التعديل والتفضيل ولا يجوز
على الشك في التعديل كالتبادل فيه قال محمد بن عبد الحكم لأبأس أن يقسم الحناء والكتان
والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتعري وقد قيل لا يجوز واجازته أحب اليينا
وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم انه لا يجوز قسم الحناء والتبن والنوى والكتان
والمسك الا كيلاً في المكيال أو وزناً في الموزون الا ان يتبين التفاضل البين قال ابن عبدوس
وقول ابن القاسم أبعد في الأصل وأحب الى وقال ابن عبدوس في البقول قد أخطأ من قال في البقول
عن ابن القاسم انه لا يجوز قسمها بعد الجدة على التعري وهو غير التعري في الخبز واللحم فكيف بما
يجوز فيه التفاضل وهذا خلاف ما اختاره في قسمة الحناء والكتان والمسك والخلاف في هذه
المسئلة ظاهر في المذهب وجهر وإية الجواز انه يجوز فيه التفاضل فاذا تعري المساواة فهو أجوز
لأن كل ما يجوز فيه التفاضل يجوز فيه التساوي وقد يجوز التساوي فيما لا يجوز فيه التفاضل
وجهر وإية المنع أن التعري مع عدم التفاضل بين ان القصد المخاطرة والمغاينة وذلك يمنع الجواز
كما لو شك في التساوي والقياس عندي جواز ذلك لأن قصد كل واحد منهما غير الآخر لا يمنع الجواز
كما لو كانت من جنسين مختلفين مطعوم وغير مطعوم (مسئلة) واذا ثبت ذلك فيما يكال ويوزن
فقد قال سمنون لا يكون فيه السهم يريد لا يقسم بالقرعة وكذلك عندي ما قسم بالتعري لأن التعري
بدل من الوزن وذلك اذا تساوت السهام في الجودة والجنس والقدر لم يمنع في ذلك الى سهام
كالدنانير والدراهم بخلاف ما يحتاج الى النمود فانه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه
(فصل) وأما ما لا ينقسم الا بضرر فانه لا يصح ذلك فيه كالعبد والداية ومنه ما يمكن ذلك فيه
ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو الكتان أو الصوف أو الحرير أو الخز أو الجل أو
الجذع من الخشب وقد قال أشهب في المجموعة لا تقسم الخشبة فان قيل من الخشب ما يصلح بالقطع
وكذلك من الثياب ما يكون قطعه صلاحاً ولا يكف ذلك من أباه وانما القسمة في غير الرباع من
الارضين فيا لا يحال عن حال ولا يحدث بالقسمة فيه ما لم يكن فيه من قطع ولا زيادة دراهم وقال ابن
حبيب أيضاً لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد (مسئلة) وما كان في حكم العين الواحد كاللباس
والخفين والجور بين وحكمه في منع القسمة اذا أبي ذلك أحدهما حكم العين الواحدة قاله ابن القاسم
وغيره من أصحابنا واختلفوا في الثمرتين فقال ابن القاسم في المدونة ان لم يكن في ذلك فساد
قسمتهما بين الشريكين وان كان فيهما فساد لم أقسمهما وبالله التوفيق وقال ابن حبيب لا تقسم
وجعلهما كالخرج وجوزاً شهب قسمتهما في المجموعة وجه القول الاول ان الغالب من حالهما
استعملهما جميعاً في الحل على الدابة فلا يقسمان كالخرج ووجه القول الثاني انه قد تستعمل الواحدة
منهما غالباً على الدواب وعلى ظهور الرجال فثبت لهما حكم القسمة (فرع) اذا ثبت ان ذلك لا يقسم
فان اتفقا على بقاء ذلك على حكم الشركة جاز ذلك وان أرادوا أن يتهاونا في ذلك جاز ولا يجبر أحد

على ذلك ومن دعا الى البيع أجبر اشراكه على التسويق معه فان أراد البيع من دعا اليه قيل لمن أباه من اشراكه اما ان تأخذ حصته بما أعطى فيها واما ان تباع معه

﴿ القضاء في الضواري والحريسة ﴾

قوله الضواري يريد ما ضربت أكل زروع الناس من البهائم والحريسة الماشية المحروسة والضواري هي التي تسمى العوادي وقد قال مالك في المدونة في الابل والبقر والرمك التي تعد في زرع الناس قد ضربت ذلك أرى أن تغرب وتباع في بلاد لا زرع فيها قال ابن القاسم وأرى الغنم والدواب بحسب اتباع الان يحبسها أهلها عن الناس يريد ان استطاع أهلها أن يحبسوها لتكون الدواب مستخدمة غير مملوثة والغنم يجب حفظ رعيها فذلك لهم وان لم يستطعوا ذلك ووصل ضررها الى الزرع بيعت على الوجه المذكور وقال ابن حبيب قال مالك يأمر الامام ببيعها وان أكره رعيها ووجه ذلك انه ليس له الاضرار بجيرانه برعي زرعهم وافساد حقولهم واذ لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع وتعدت القدرة على حفظها لم يمكن ازالة ضررها الا ببيعها ممن يكف اذاها بدمج أو تغريب الى بلد لا زرع فيه الا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها فله ذلك (مسئلة) وأما ما كان من الحيوان مما لا استطاع حراسته ومنعه من الأذى كالنحل يتخذها الرجل في القرية يضرب شجر القوم أو يتخذ فيها برجا أو ياليه العصافير والحمام فيصيب من فرخها فتضر بالزرع قاله مطرف أرى أن يمنع من اتخاذها ما يضر بالناس في زرع وعهم وشجرهم لان هذا طائر ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطاع ذلك في الماشية وقد قال مالك في الدابة التي ضربت بافساد الزرع ولا يحرس منها تباع وتغرب بالنحل والحمام أشد وكذلك الدجاج الطائفة والأوز وشبههما لا يستطاع الاحتراس منه وأما ما استطاع الاحتراس منه فلا يؤمر صاحبه باخراجه واختاره ابن حبيب ومعنى ذلك ان الماشية وما يمكن الاحتراس منه بالحفظ المعهود لا يؤمر أهله ببيعها وانما يؤمر بذلك فيما تعذر ولا يمنع بالحفظ المعتاد لما برته على ذلك وهو بمنزلة النحل والطير الذي لا يمكن التعرض منه فانه يؤمر بازالته ابتداء وان لم يخرج على عادة جنسه ووجه ذلك انه لا يمكن التحفظ منها ولا دفع اذاها وقال أصبغ النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وان ضربت وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم وكذلك قاله ابن القاسم وقال ابن كنانة في المجموعة وزاد وما أحب أن يؤذى أحد ووجه هذا ان هذه معان لا تضرى الا بالتهار ولا يجبد الناس بدمان اتخاذها لانها من منافعهم ومعظم فوائدهم فلا يمنع من اتخاذها (مسئلة) وما أصابت الماشية التي ضربت بافساد الزرع والحوائط فقد روى عيسى عن ابن القاسم ما أصابته قبل التقدم الى أبوابها فلا ضمان عليهم فيه وما أصابته بعد ذلك ضمنوه ليلا أصابته أو نهارا كالسكاب العقور قال واذا أخذ الكلب العقور حيث لا يجوز اتخاذه فهو ضامن تقدم اليه أو لم يتقدم وذلك يقتضي ان ما أفسدته المواشي حيث لا يجوز اتخاذه لا نه ليس بموضع مسرح ولا جرت العادة بارسال المواشي فيه فان على أهلها ضمان ما أفسدته ليلا أو نهارا قبل التقدم وبعده والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن عحيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها ﴾ ش ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار يريد والله أعلم أحد معنيين اما أن

﴿ القضاء في الضواري ﴾

والحريسة

• حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن عحيصة ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط حفظها بالنهار وان ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها

ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من افساد الأموال وتضييعها فلما وجب لذلك حفظ الزرع التي هي معظم الأقوات وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزرع ولا يلزمهم ذلك بالليل لانه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم وليس بوقت رعى للماشية في غالب الحال والوجه الثاني ان أهل الزرع ان أرادوا حفظ رزقهم ودفع الضرر عنها فان عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعى المواشي بالنهار ولا بد مع ذلك من الأعمال وليس كل أحده من رعى ناقته ودابته فان منعها الرعى اضربها وان أراد الحفظ لها لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم وفائدة الكلام على الوجهين انه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وقال الليث يضمن أرباب المواشي ما أفسدت بالليل والنهار والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذي ذكرناه وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى وداود وسليمان اذ يصبحان في الحرث اذ نفست فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين قالوا والنفس لا يكون الا بالليل وقد ذكر مثل هذا عن شرح وهذا ليس ببين لانه لو كان في الآية التصريح بالحكم انه ضمن أهل الماشية التي نفست لم يكن فيه نفي الحكم بذلك في الراعية بالنهار الا من جهة دليل الخطاب وليس عندي دليل صحيح فكيف والآية لم تتضمن تفسيرا للحكم ولا يبيانه وانما في ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه والله أعلم وأحكم (فرع) اذا ثبت ذلك فسواء كان محظرا أو غير محظر عليه رواه أشهب وابن نافع في العتية عن مالك وزاد في المزنية عيسى عن ابن القاسم وجيع الأشياء في ذلك سواء

(فصل) قوله وما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها بمعنى مضمون وبهذا قال مالك والشافعي روى ابن القاسم عن مالك أرى أن يقضى فيما أفسدت المواشي بما جاء في الحديث والزرع مثل الحوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار وقال أبو حنيفة لا ضمان على أهل المواشي فيما أفسدت في ليل ولا نهار والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم وهو ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها ومن جهة المعنى ان أهمها بالليل من باب التعدي لانه ليس بوقت رعى معتاد فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالفائد والسائق فيما أفسدت الدابة (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشي ضمان ما أفسدته بالليل فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عليهم قيمة ما أفسدت على الرعاء والخوف أن يتم أولائهم زاد أشهب وابن نافع عن مالك في المجموعة وان لم يبد صلحا هو زاد عيسى عن ابن القاسم قيمته لو حل بيعته قال في رواية مطرف ولا يستأنى بالزرع أن ينبت أو لا ينبت كما يمنع بسن الصغير وجه قول مالك ان ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه لانه كان قائما على أصله بين رجاء وخوف أن يعوقه عائق من كثرة ماء أو قلة وغير ذلك فعلى ذلك تعتبر قيمته ولما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله ولا يحكم لصغيره بحكم كبيره لم يزم غرم قيمته على صفته ولم يعتبر بان يخلف بعد ذلك أو لا يخلف بخلاف السن الذي انما يراعى الجمال والمنفعة بها فاذا ثبتت كانت الجناية عليها أخف ولم يلزم ضمانها جلة واذا ثبت من نباتها زمت فيها ديتها دون قيمتها والديات مختمة بما يتلف ولا يعود فلذلك استثنى ليعلم من نباتها أو عدمها يجب من قيمته أو ديتها والله أعلم (فرع) اذا ثبت ان على أهل المواشي قيمة ما أفسدت فيلزمهم ذلك وان كان أكثر من قيمتها رواه ابن القاسم عن مالك وقال الليث انما على الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت والدليل على ما قاله مالك ومن تابعه ان هذه الجناية ليست من المواشي وانما هي من أربابها فلا يجوز لهم تسليها بجنائيتها ولا يقصر الارش على قيمتها كما لو أصابت مع القائد والسائق (فرع) ولو ثبت الزرع قبل الحكم فيه بالقيمة فلا يخلو أن يكون الزرع الذي أفسدته مما كانت فيه

منفعة حين الرعي أو غيره أو لا تكون فيه منفعة حين رعيه فان كانت فيه منفعة فعليه قيمته حين الرعي لا يراعى فيه رجاؤه ولا خوف مع الأدب وان لم يكن فيه منفعة فلا شيء عليه في ماله وعليه الأدب بقدر سفته وافساده رواه ابن حبيب عن مطرف وقال أصبغ وان عاد لهيئته فانه يقوم على الرجاء والخوف نبت أو لم ينبت قبل الحكم وبعده وجه القول الأول ان الزرع له قيمتان احدهما ان يكون في نفسه ينتفع به ويرجى تزايد منفعته والثاني ان لا يكون في عينه منفعة الا ما يرجى من انتهائه اليه فان كانت فيه منفعة لنفسه لزمه ان يحكم عليه قبل نباته قيمة المنفعتين لان عليه قيمة مثل ذلك الزرع على قوة الرجاء فيه وان نبت قبل الحكم عليه وصار على ما كان عليه فقد عاد الى ما كان عليه فعلم انه لم يتلفه عليه ولزمته قيمة البقل الذي هو من نبات أصل زرعته وأما ان كان حين رعيه لا منفعة فيه ثم عاد الى ما كان عليه قبل الحكم فلم يتلف شيئاً له فيه فلا شيء له عليه ووجه قول أصبغ ان ما تلف عليه يلزمه فيه قيمة الرجاء والخوف وما تلف فاتها هو فائدة الأصل الذي بقي في الارض فهو لا يأخذ منه قيمة الأصل وانما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع ولانه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب أن لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل يعود بالنبات فتبطل القيمة أو لا يعود فيثبت وجوبها كسب الصبي (مسئلة) وهذا حكم ما أفسدت من الزرع والحوايط والحراث وأما لو خرجت ليلاً فوطئت رجلاً قائماً فقطعت رجله فانه هدر قال ذلك كله عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال جرح العجماء جبار ومن جهة المعنى أن هذا الأمر لا يقصده المواشي غالباً فلا تعسر منه

* مالك عن هشام بن
عروة عن أبيه عن يحيى
ابن عبد الرحمن بن
حاتب أن رقيقاً

(فصل) وهذا نص ذكره أصحابنا في هذه المسئلة وهو عندي في الموضع الذي يكون فيه الزرع أو الحوايط مع المسارح والمواضع عندي ثلاثة أضرب موضع تتداخل فيه المسارح والمراعى والثاني أن تنفرد المراعى أو الحوايط وليس بمكان مسرح والثالث أن يكون موضع مسرح وليس بموضع زرع فيحدث فيه انسان زرعاً فان كان موضع زرع ومسرح فقد تقدم ذكر حكمه وهو الذي ورد فيه الحكم عندي والألف واللام في الحائط والمواشي المذكورين في الحديث للعهد لاجتماع الأمرين فيه فلم يكن لأهل المواشي ارسالها بالنهار فيها لخرج عن أن يكون لها مسرح حاول ولم يرد هذا بالحديث وأريد به الشاذة من المواشي لما قضى على أهل الحوايط بحفظها بالنهار لان ما يشذ ويندر لا يحتاج الى الحفظ وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل وان كان موضع زرع دون مسرح فهذه عندي لا يجوز ارسال المواشي فيها وما أفسدت ليلاً أو نهاراً فعلى أصحاب المواشي ضمانه وقد قال أصبغ في المدنية ليس لأهل المواشي أن يخرجوها الى قرى الزرع بغير ذواد ولكن عليهم أن يذودوها عن الزرع فاذا بلغوا المراعى والمسارح سرحوها هنالك فاشد منها الى الزرع والجنات فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعها وأما الموضع الثالث وهو موضع سرح جرت عادة الناس بارسال مواشيهم فيه ليلاً ونهاراً فحدث رجل فيه زرعاً من غير اذن الامام في الاحياء فانه ليس على أهل المواشي الامتناع من ارجاء مواشيهم ليلاً أو نهاراً وما أفسدت من زرع بالليل فلا ضمان عليهم فيه لانه بحر الجنابة الى نفسه حيث زرع بموضع المسرح وأراد منع الناس من منافعهم التي قد ثبتت لهم والله أعلم (مسئلة) واذا كانت الدواب تعبر في الزرع فتفسده فغفر رب الزرع حول الزرع حقير المكان الدواب فوقع بعضها في ذلك فأتى فروى أصبغ عن ابن القاسم لا شيء عليه ولو لم يندرم قال أصبغ وهو قول مالك ان شاء الله تعالى وقد قال فيمن يحفر للسارق زينة فوقع فيها السارق أو غيره انه يضمن ص * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقاً

لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمك غراما يشق عليك ثم قال للمزني كم بمن ناقصك فقال المزني كنت والله أمتنعها من أربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى وسعيت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القبة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يغرم الرجل قيمة البعير والدابة يوم يأخذها ثم سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها لا يخافون أن يكون ثبت ذلك عندهم بينة أو باقرار العبيد مع دعوى المزني أو بدعوى المزني في ذلك معرفة حاطب وطلبه يمينه على ذلك فنكل حاطب وحلف المزني فان كان ذلك بينة أو نكول حاطب وحلف المزني فعلى ما تقدم في سائر الحقوق وقال ابن عباس في عبيد انتحروا وقال خفت أن أموت جوعا لا يقطع ويغرم سيده بمن الجمار وقال محمد وذلك اذا ثبت أن السيد كان يجيعه فيغرم أو يسلمه وانما يغرم عمر حاطبا وترك قطع عبيده لانه كان يجيعهم فعلى هذا أيضا لم يجمع بين القطع والقبة وقد قال في الحديث انه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم فعلى رأي ابن المواز انصرف عنه الى التقويم لما ثبت عنده انه كان يجيعهم وعلى رأي أصبغ انه جمع بين الأمرين ولعله كان للعبيد مال فوق الغرم منه وقال الحاطب لأغرمك غراما يشق عليك يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذي كان له أخذه ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه فبه كانوا يقدر على السعي والتكسب ان كان ذلك باقرار العبيد فقد قال مالك لا يقبل من اقرار العبيد الا ما ينصرف الى جسده فأما ما يلزم سيده به أمر فلا فهذا على الاطلاق ويعرى في القضية بما يقويها وأما اذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الحال فان اقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده وقد قال مالك في عبد أصاب صبيًا بموخته فأتى متعلقا به ولا بينة له فأقر العبد بما كان قريبا من فعله ويأتى مكانه متعلقا به فليقبل منه فأما ما بعدوا بما يقول كنت فعلته فلا يقبل منه وقاله ابن القاسم وقد قال مالك في عبيد دخل عليهم وعندهم شاتان مذبوختان يعرفان لجارهم فأقر اثنتان منهم ووجد الثالث ان غرم ذلك على سادتهم فعلى هذا أيضا يحتمل أن يكون انما أغرم حاطبا لما وجدت الناقة بين أيدي العبيد وعرف انها كانت للمزني الطالب لها وثبت ذلك بالبينة

(فصل) وقوله فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم قال عيسى في المدونة معنى ذلك عندنا أنهم سرقوها من حرزها ولم يسرقوها من المرحى وسيأتي معنى الحرز مفسرا في كتاب القطع في السرقة

لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمك غراما يشق عليك ثم قال للمزني كم بمن ناقصك فقال المزني قد كنت والله أمتنعها من أربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمانمائة درهم قال يحيى سمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القبة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه انما يغرم الرجل قيمة البعير والدابة يوم يأخذها

(فصل) وقوله أراك تجيعهم يحتمل أن يكون العبيد قد شكوا ذلك اليه واعتذروا به لسرقتهم ويحتمل أن يكون ثبت ذلك عنده بينة شهدت به ويحتمل أن يكون رأى فيهم من الضعف ما استدل به عليه فأنكر عليه اجاعتهم لانه يلزم السيد أن لا يجيع رقيقه بل يشبعهم الوسط أو يبيعهم لما روى أبو ذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم

(فصل) وقوله والله لأغرمك غراما يشق عليك يريد به الغرم الكثير الذي يعلم أن حاطبا يتوجع له مع كثرة ماله ولعله أدام اجتهاده على أن ذلك يجوز له على وجه الادب والتعزير لحاطب على اجاعته لرقيقه واحواجه لهم الى السرقة التي كانت سبب قطع أيديهم وسبب اتلاف ناقة المزني فرأى أن يغرمه اياها ولعله قد كان كرر نهيه اياه عن ذلك وحمله في قوتهم حدا لم يمتثل له قال مالك فبين انخذ

فى ماشيته كلبا عقورا فتقدم اليه الامام فى ازالته فلم يزله وقتل احداً ان على صاحبه دينه ولا شك أنه لو كان عبداً للزمت قيمته وقد قال مالك فمين غش لبنا أوزغفرا نا أومسكالا بهراق وليتصدق به ولم يخص قليلا ولا كثيرا وقال ابن القاسم وغيره انما ذلك فى اليسير فأما الكثير فلا يتصدق به ويوجع أديبا هذا الذى أشار اليه أصحابنا فى تأويل هذا الحديث ويحتمل عندى أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقه لما اعتقده من كثرة قيمتها وان حاطب اشق عليه غرم مثلها والله أعلم وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة ان كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضعيف قال أصبغ لا يلزم السيد من ذلك الاقيمة واحدة لا أقل ولا أكثر فى ماله ولا فى رقاب العبيد القطع الذى وجب عليهم قال الداودى غلط من ظن أن القطع نفذ وانما كان عمر أمر بقطعهم ثم قال أراك تجيعهم ثم أمر بصرفهم ولم يقطعهم وعذرهم بالجوع وهذا معلوم من سيرة عمر فى عام الرمادة فانه لم يقطع سارقا وقد روى ابن وهب فى موطئه عندما فسرا من حديث أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبد الرحمن بن حاطب قال توفى حاطب وترك أعبدا منهم من يمنعه من ستة آلاف يعملون فى مال الحاطب بسوان فأرسل عمر فقال هؤلاء عبيدك قد سرقوا ووجب عليهم ما وجب على السارق فانتحروا ناقة لرجل من مزينة واعترفوا بها ومعهم المنزى فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم أرسل وراءه من يأتيهم فجاءهم فقال لعبد الرحمن بن حاطب أما لولا اني أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتمهم ولكن والله اذا تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك (مسئلة) وان كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ انما كان يكون غرمها فى أموال العبيد لو كانت لهم أموال والا فلا شئ وانما يكون فى رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها فيخير السيد بين اسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها وقال ابن المواز لا يتبع فى السرقة التى تقطع فى رقبته ولا فى يده ولو ثبت ذلك بالبينة اذا لم توجد بعينها لان ماله انما صار له بعد العتق (فصل) وقوله للزنى كم ثمن ناقته يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما اتفق حاطب من معرفة قيمتها لان القول قول الغارم ويحتمل أن يكون بدأ بالزنى ليعرف منتهى ما يدعيه ثم توقف حاطب عن الاقرار بذلك والانكار له وهكذا وجه العمل لانه لا يوقف مدعى عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعى فى دعواه تلك فى قدرها وجنسها فيصح توقف المدعى عليه على ذلك ليقرر بعد ذلك أو ينكر (فصل) وقول المنزى كنت والله أمنعها من أربع مائة درهم على معنى الاخبار بقيمتها على التعرى بذلك وان ذكر أقل مما يمكن من قيمتها وما كان يتمتع من بيعها به ويحتمل أن يكون قسمه على معنى تحقيق دعواه والاخبار عن تيقنه كما قال وما دعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه ولم يحتج عمر أن يحلفه إلا لان حاطبا صدقه لان قوما شهدوا له بذلك أولانه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه باجاعة رفيقه ولذلك لم يقتصر على ما ادعاه المنزى من قيمة ناقته حتى أضعف ذلك عليه ورأى المنزى أحق الناس بذلك لانه هو الذى جنى عليه بتفويت ناقته لانه وان كان أخذ بقيمتها أربع مائة درهم فقد كان له غرض فى عينها ففوت عينها بسرقتها ونحرها وهذا وان كان وجهها لاجتهاد عمر فالقضاء اليوم لا يرون ذلك ويرون على من جنى بتعدا وغيره قيمة واحدة هذا اذا جئنا قول عمر على أنه قصد تضعيف القيمة عليه ويحتمل انه لم يقصد ذلك وقصد وجهها من وجوه سند كرم بعضها بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله أعطه ثمان مائة درهم ظاهره تضعيف القيمة التى ادعاه المنزى وقد قال مالك باثر

﴿ القضاء فيمن أصاب
شيأ من البهائم ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا
يقول الأمر عندنا فيمن
أصاب شيئاً من البهائم ان
على الذى أصابها قدر ما
نقص من ثمنها * قال
يحيى وسمعت مالكا
يقول فى الجمل يصول
على الرجل فيخافه على
نفسه فيقتله أو يعقره
فانه ان كانت له بينة على
انه أراداه وصال عليه فلا
غرم عليه وان لم تقم له
بينة الامقالتة فهو ضامن
للجمل

﴿ القضاء فيمن أصاب شيئاً من الهائم ﴾

ص **﴿** قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن أصاب شيئا من البهائم ان على الذي أصابها قدر مائت من ثمنها **﴾** ش وهذا على حسب ما قال ان من أصاب شيئا من البهائم فنقصتها جناية تنقصا لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها وذلك أن تساوى سائمة عشرة دنائير وتساوى بالجناية ثمانية فان عليه ما نقص منها وذلك خمس قيمتها وذلك ما لم تنلف منفعتها المقصودة منها فان أتلفت منفعتها المقصودة منها من عملها أو غيره فعليه قيمتها وبه قال الليث وقال الشافعي ليس عليه الا ما نقص منها وبه قال أبو حنيفة في عين الدابة والبقرة ربع ثمنها وفي شاة القصاب ما نقصها قال الطحاوي وهذا استعسان وقد تقدم الكلام في هذا في باب القضاء في استهلاك الحيوان بما يغنى عن اعادته والله أعلم ص **﴿** قال يحيى وسمعت مالكا يقول في الجبل يصلو على الرجل فيخافه على نفسه فيقتله أو يعقره فانه ان كانت له بيعة على انه أراد وصال عليه فلا غرم عليه وان لم تقم له بيعة الا مقاتله فهو ضمان للجبل **﴾** ش وهذا على ما قال ان من صال عليه جل أو دابة فقتلها أو قامته بيعة بأنه قد خافها على نفسه أن تقتله فلا ضمان عليه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري هو ضمان والدليل على ما نقوله ان من قتل غنوا على نفسه دفعاله عنها فانه لا ضمان عليه فيه كالعبد يده قتل الحرف يقتله الحر دفعاله عن نفسه فانه لا شيء عليه من قيمته (مسئلة) وهذا حكم الجبل اذا صال فقتل أو عصى فلا يتخلوا أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس ولم يتكرر ذلك منه أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهر بذلك وخيف من أجله فان كان لم يشتهر بذلك فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم اليه السلطان فيه فاذا تقدم اليه فيه فقد قال مالك اذا تقدم اليه في البعير والدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلا أو نهارا وقال أشهب في العتبية لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم اليه السلطان في ازالته أو جبرانه فهو حكم عليه بضمن ما يتلفه فلزمه بذلك كالحائط المائل وجه قول أشهب قوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار ومن جهة المعنى ان اتخاذه مباح ولو لم يكن اتخاذه مباحا على

الاطلاق لضمن جنائيه وان لم يتقدم اليه (فرع) اذا قلنا يضمن فهل يكون ذلك في ماله أو على عاقلة
قال مالك في الجمل الصؤل قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة إنه يضمن ما أصاب وهو على العاقلة
وقال ابن المواز ما بلغ ثلث الدية فعلى العاقلة وقدر وى عيسى عن ابن القاسم ان هذه الجنابة تكون
في مال صاحب الجمل الصؤل والكلب العقور ولا شيء من ذلك على العاقلة وجه القول الأول انها
جنابة مضاف خطؤها الى صاحب الدابة فاذا بلغت الثلث فهي على العاقلة كما لو باشرها ووجه
الرواية الثانية انها جنابة من مملوك فلم تجاوز مال صاحبه الى العاقلة أصل ذلك جنابة العبد (مسئلة)
وأما الكلب العقور فان المعاني المؤثرة في ضمان صاحبه أن يتخذه وهو يعلم انه يعقر والثاني أن
يتخذه لا يجوز له اتخاذه والثالث أن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه والرابع أن يتقدم اليه فيه
فأما علمه بعقره فان كان قد تكرر ذلك منه وشهر به وخيف من أجله فهو أشد من الخاطئ المائل وقد
قال أشهب في المجموعة في الحائط المائل المخوف الذي بلغ شدة الغرر فلم يهدمه وقد أمكنه هدمه يضمن
ماسقط عليه أشهد عليه أو لم يشهد عليه لانه متعدد كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له وان لم يبلغ ذلك
لم يضمن أشهد عليه أو لم يشهد ويضمن اذا تقدم اليه السلطان وأما اذا كان الكلب انما جرى ذلك
له مرة أو في الندرة ولم يشتهر فهذا لا يضمن حتى لا يتقدم اليه السلطان فيه وانما المعنى الثاني وهو ان
يتخذه لا يجوز له اتخاذه مثل أن يتخذ كلبا لدفع السراق عن ماشيته فانه يضمن ما عقر ولو اتخذه
لدفع السباع عنها لم يضمن وأما المعنى الثالث بان يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه فقد روى ابن وهب
عن مالك فممن اتخذ كلبا في داره لماشيته انه يضمن ما عقر قال محمد لانه للناس اتخذه لان الماشية
انما يخاف عليها في الدار من الناس وانما أبيع اتخاذا الكلب للزرع والحراث والماشية في مواضع رعيها
وحيث يدفع الذئب عنها قال محمد وهو قول أشهب وروى أصبغ عن ابن القاسم في المزنية ان
اتخذه حيث يجوز له اتخاذه لم يضمن حتى يتقدم اليه فيه وان اتخذه حيث لا يجوز له ضمن وقد
قال مالك في الجمل الصؤل قد عرف بذلك يدخله صاحبه المدينة يضمن ما أصاب فعلى هذا ان عرا
من هذه المعاني كلها لا يضمن وان وجدت فيه كلها ضمن وان لم يتقدم اليه وان وجد فيه بعضها فعلى
حسب ما تقدم (فرع) وفي العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب في الدابة تصول
تعدو على الصبي فتقتله مربوطة أو تنفلت من رباطها وقد أغرر اليه الجيران لا ضمان عليه حتى يتقدم
اليه السلطان ويجب أن يكون قدر بطة في موضع يجوز له ربطه فيه على وجه يؤمن غالباً حتى يكون
ذلك مبيحا لاتخاذه على ذلك الوجه وانما الكلب العقور الذي شهى بذلك يتخذه الرجل حيث
يجوز له اتخاذه لعقر السباع فهذا أيضا اذا عقر الناس وآذاهم لا ضمان عليه حتى يتقدم اليه السلطان
لانه موضع يجوز له اتخاذه وقد قال أشهب في العتبية لا يضمن رب الدابة على حال تقدم اليه السلطان
أو جبرانه فيحتمل أن يربد دابة خيف ذلك منها ولم يتقدم لها عقر ولا شهرت به فيكون وفاقا لما تقدم
ويحتمل أن يربد الذي تقدم لها الصول والأذى فيكون خلافا لقول مالك ويفرق بينه وبين
الكلب بان الكلب منهي عن اتخاذه وانما أبيع اتخاذه لدفع الضرر على وجهه والحي مباح اتخاذه
على الإطلاق وانما يؤثر صاحبه بكف ضرره اذا ثبت ضرره (مسئلة) والتقدم الى صاحب
الكلب والجمل انما يكون اذا ثبت ضرره ويحتمل عندى أن يتقدم اليه فيه اذا ثبت انه على حال كان
يتقى ضرره ولا يؤمن عقره كالحائط المائل وقد قال ابن مزين لا يكون التقدم الا عند السلطان اذا
كان بموضع فيه سلطان فان كان بموضع لا سلطان فيه أشهد عليه العدو بالتقدم اليه فقط ووجه ذلك

ان هذا حكم ولا يثبت حيث يكون حكم الاجمعه وأما موضع لاحاكم فيه فجماعة المسلمين تقوم مقام
الحاكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس اليها وهذا حكم من يكون التقدم منه وأما من يكون
التقدم اليه فهو المالك والناظر له من أب أو وصي دون المحجور عليه قاله محمد بن عبد الحكم في الخاطئ
المائل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره روى عنه ابن المواز عن
ابن القاسم وليس له اتخاذ في داره لحراسة الناس ولا يمن يسرق لانه ليس من الوجوه التي ورد
الشرع باباحة اتخاذها لانه لا يباح له عقرب السارق ولا قتله وانما يبيع له طرده وعقرب السباع المؤذية
في الزرع والماشية مباح وكذلك الصيد للمأكله والله أعلم

(فصل) وقوله فان لم يتم له بينة الاقوله ضمن ولم يذكر ان كان يثبت ذلك بشاهد ويمين أم لا
ويحتمل أن يكون فيه اختلاف على ما يأتي بعد هذا وأما اذا صال الجمل فقتل فقد روى عيسى عن ابن
القاسم في المزنية في الكلب العقور أو الجمل الصول والثوران أصابوا رجلا بعد التقدم الى أبيها
ولم يشهد على ذلك إلا شاهد واحد ورثته يحلفون ويمينا واحدة ويستحقون دية صاحبهم وقال
أصبغ لا يثبت من هذا إلا ما شهد به شاهدان وأنكر روى عيسى في ذلك أنكارا شديدا وقال دية
الحر المسلم لا تثبت بيمين وشاهد واحد وجه قول ابن القاسم ان هذه شهادة لا يستحق صاحبها غير المال
وجه فثبتت بشهادة ويمين كالقرض والقراض ووجه رواية أصبغ ان دية جنانية في الجسد على
حر فلم تثبت إلا بشاهدين كالجناح انسان

﴿ القضاء فيما يعطى العما ﴾

ص قال يحيى سمعت مالكا يقول فممن دفع الى الغسال ثوبا يصبغه فصبغه فقال صاحب الثوب
لم أمرك بهذا الصبغ وقال الغسال بل أنت أمرتني بذلك فان الغسال مصدق في ذلك والخياط مثل
ذلك والصانع مثل ذلك ويحلفون على ذلك إلا أن يأتي ثوبا لم لا يستعملون في مثله فلا يجوز قولهم
في ذلك وليحلف صاحب الثوب فان ردها وأبى أن يحلف حلف الصباغ ﴿ ش وهذا على حسب
ما قال ان الصانع اذا دفع اليه ثوب فصبغه وأنكر صاحب الثوب أن يكون أمره بذلك فالقول قول
الغسال انه أمره بذلك وهذا ظاهر لفظ الكتاب إلا أن صاحب الثوب قد ينكر وهو على وجهين
أحدهما أن يقول أمرتك أن تصبغه والثاني أن يقول لم أمرك بصبغه فاذا قال أمرتك أن تصبغه
فانه أيضا على قسمين أحدهما أن يقول له أمرتك بغير هذا الصبغ والثاني أن يقول له أمرتك بهذا
الصبغ ويختلفان في القدر فان قال أمرتك بغير هذا الصبغ ولم يكن لواحد منهما بينة فلا يخلفون
يكون قبل العمل أو بعده فان كان قبل العمل فقد قال يتعالفان ويتفاسخان ووجه ذلك انه لم يفت
بالعمل وقد تعالفا في صفة ما وقع التبايع عليه فوجب أن يتعالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان
(مسئلة) فان تعالفا بعد العمل فالقول قول الصباغ وكذلك ساثر الصانع فيما يجوز له الصانع
بالفوت ولما له فيه من العمل بوجه حق وقال أبو حنيفة والشافعي القول قول صاحب الثوب
وجه قول مالك ان الصانع حائر فلا يستحق أخذه منه إلا بعد أداء ماله فيه وصاحب الثوب مدع
لأخذ ما في يده من الثوب والصبغ على غير هذا الوجه الذي يقر به الصباغ فكان القول قول
الصباغ وقدر روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في الخائف يقول أمرتني أن أسج لك سبعافى
ثلاث وقال صاحبه بل سبعافى أربع ان الخائف مصدق مع يمينه ولو قال البناء أمرتني أن أبني بيتا

﴿ القضاء فيما يعطى العما ﴾
قال يحيى سمعت مالكا
يقول فممن دفع الى الغسال
ثوبا يصبغه وصبغه فقال
صاحب الثوب لم أمرك
بهذا الصبغ وقال الغسال
بل أنت أمرتني بذلك
فان الغسال مصدق في ذلك
والخياط مثل ذلك والصانع
ويحلفون على ذلك إلا
أن يأتي ثوبا لم لا يستعملون
في مثله فلا يجوز قولهم
في ذلك وليحلف صاحب
الثوب فان ردها وأبى أن
يحلف حلف الصباغ

خسافي خمس وقال رب العرصة بل عشرة في عشرة تحالفان حلفا فسبح ذلك ويقطع البناء
نقضه إلا أن يشاء رب العرصة أن يدفع اليه قيمته مقلوعا وان نكل البناء وحلف صاحب العرصة لزومه
ما قال البناء والفرق بينهما أن الحائث حائز لما صار في يديه والبناء لم يحضر العرصة ولا ما بني فيها بل
صاحب العرصة حائز لذلك كله لأنه في يده والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا إذا اختلفا في العمل
فان اختلفا في الأجرة فيقول الصانع عمله بأربعة دراهم ويقول صاحبه استأجرتك بدرهمين فان
كان لم يفت بالعمل تحالفا وتفاستعاوان فات بالعمل فالقول قول الصانع بخلاف البناء فالقول
قول صاحب العرصة بعد البناء ذكره ابن نافع في النوادر عن مالك وذلك ان الصانع له بدعي ماصنع
فيه فالقول قوله فيما يبيده ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب الثوب والبناء
عليه يد صاحب العرصة فالبناء يدعي عليه زيادة في ثمن عمل قد فات وقبض منه فالقول قول صاحب
العرصة لأنه غارم مدعي عليه فيما يبيده والله أعلم (مسئلة) ولو قال الصانع لم تأمرني بشئ وقال صاحبه
أمرتك بكذا ففي كتاب محمد في الخائط يقطع الثوب فيما فيقول صاحبه أمرتك بقطعه فمر ملا أن
الخياط مصدق ولا يضمن اذا حلف إلا أن يقطعه قطعا لا يلبسه الأمر وقال ابن ميسر اذا أقر الصانع
انه لم يأمره بشئ فهو متعد وانما يصح الجواب اذا قال له صاحب الثوب اقطعه على ما ترى وقد عرف
ما يقطع الرجل فوجه القول الأول ان العامل لما كان مصنعا معي في العمل لمكان اليد صدق
في انكار الصفة وكان سكوت رب الثوب عن الصانع بمعنى اصنع ما تراه وانما يجب أن يكون ذلك
اذا افترقا عن أن يشرع في العمل دون وصف وأما اذا افترقا عن أن يعود اليه فيصف له ما يريد فهو
على ما قاله ابن ميسر ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث الا بأن يفارقه صاحب الثوب على
أن يعود اليه للوصف ويعتقد الصانع انه قد أذن له في العمل فعلى هذا يجب أن يكون القول قول
العامل لأنه حكم ما تركه عنده غالبا والله أعلم وأحكم وجه قول ابن ميسر انه أقر الصانع أنه لم يؤمر
بشئ فهو متعد لا قدامه على العمل دون صفة ودون ما يقوم مقامها من العرف (مسئلة) فان اتفقا
على انه لم يصف له شيئا فيقول له صاحبه أردت كذا ويقول الصانع رأيت هذا مما يصلح لك فقدر روى
عيسى عن ابن القاسم فبين دفع الى صانع جلدا ليعمل له خفين اذا جعل ما يشبه لباس الناس ولباس
الرجل لم يضمن ولأنه فوض اليه قال وكذلك الخياط في الثوب وعامل القلائس في الظهارة
وجه ذلك أنه اذا قال اصبغ ثوبي هذا لونا فان أمره يتناول كل لون فأى لون صبغه المصباغ
كان به متمثلا لأمر الأمر وهذا اذا كان اللفظ يقتضي التفويض لصنعة أو اقترن به ما يقتضي
التفويض ولو اقترن به ما يقتضي لونا يكون الى رب الثوب تعيينه لكنه أخر ذلك لوجه رآه فقد
روى عيسى عن ابن القاسم وأما المصباغ يصبغ الثوب لونا بغير إذن ربه فهو ضامن كن أمر رجلا
بشراء خادم أو جارية ومعنى ذلك انه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضي التفويض اليه لان ذلك
اذن له يدل على ذلك ما تقدم في قوله في مسئلة الخفين واذا تقدم هذا ان الفسحان فان قول رب
الثوب اصبغ هذا الثوب لونا يقتضي باطلاقة التفويض الى المصباغ ولا سيما على قول من قال من
أصحابنا ان الأمر على الفور وذلك أيضا على قول من يقول انه على التراخي لأنه لا خلاف انه يجوز
للأمر امتثال الأمر المطلق على الفور إلا أنه على القول الأول ألزم الآن يقترن به ما يمنع التفويض
وهذا أيضا معنى قوله اشترى خادما في المدونة من قول مالك في الرجل يأمر الرجل يشترى له
خادمة ولا يصفها أنه ان اشترى له من يكون مثلها من خدمه لزم الأمر وهذا التخصيص بالعرف

ولولا العرف للزمه أى خادم اشترى له إذا اقتضى اللفظ ذلك وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه (مسئلة) وأما إذا قال أمرتك بهذا الصبغ واختلفا في القدر ففي المدونة من قول مالك في الصباغ يصبغ الثوب فيقول صبغته بعشرة دراهم ويقول صاحب الثوب أمرتك بخمسة دراهم القول قول الصباغ إذا كان ما في الثوب من الصبغ يشبه ذلك فإن أتى من ذلك بما يستدل به على كذبه ويشبه قول صاحب الثوب فالقول قول صاحب الثوب وإن أتى بما لا يشبه رد إلى اجارة المثل ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط أحدها ما تقدم وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال والشرط الثاني أن يتفقا أو يقول الصباغ لم يكن فيه صبغ فإن اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اتفقا عليه إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال والشرط الثالث أن يعمل الصباغ عنده ويغيب عليه فأما إذا لم يدفع إليه الثوب ولم يغيب عليه ففي المدونة في مسئلة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب لأن اليد له والله أعلم وأحكم (مسئلة) وإذا قال رب الثوب عملته بغير أجر ولا عوض وقال الصباغ بل بأجر كذا وكذا درهما ففي المدونة من قول ابن القاسم القول قول العامل إذا أتى بما يشبه أجر مثله والارد أجر مثله قال غيره لأن رب الثوب مقرانه دفعه إليه ليصبغه ويدعى عليه هذه الأجرة وههنا إن كان ادعى الصباغ أجر مثله فلا يمين على رب الثوب لأنه يدفع عن نفسه به شيئاً وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف رب المتاع ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل

(فصل) وأما إذا قال لم أمرك بصبغه فلا يخالو أن يقول دفعته إليك ولم أمرك بصبغه أو يقول لم أدفعه إليك فإن قال دفعته إليك وديعة لم أمرك فيه بعمل وقال الصانع بل أمرتني بالعمل ففي المدونة قال ابن القاسم القول قول العامل وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول العامل إذا صبغه ما يشبه وقال غيره في المدونة العامل مدع وجه القول الأول أن اليد للعامل ومع ذلك فقد أقر صاحب بتسليمه إليه فوجب أن يكون القول قول العامل في صفة القبض ولا يكون للدافع قبضه منه إلا بينة أو اتفاق ووجه القول الثاني أن اقرار رب الثوب انما هو في تسليمه إليه وأما الاذن فيأفيه من العمل فقد ادعاه العامل وأنكر رب الثوب فالقول قوله إن لم يكن للعامل بينة (فرع) إذا ثبت ذلك فالقول قول العامل فيما يشبه من الأجرة والارد إلى أجرة مثله قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره له الأقل من أجرة المثل أو ما ادعاه وقد قال أبو محمد عبد الحق إن العامل إذا ادعى ما يشبه أجرته فلا يمين على رب الثوب لأنه لا يحيط عن نفسه به شيئاً وإن ادعى أكثر من ذلك فعليه اليمين ليحيط عن نفسه ما زاد على أجرة المثل (مسئلة) وإذا قال رب الثوب سرق مني ولم أدفعه إليك وقال بل استعملتني فقد قال ابن القاسم في المدونة يتحالفان ويقال لصاحب المتاع خذ مني وعمولا وأدفع أجرة مثله فإن أبي قيل للعامل خذ وأدفع قيمته غير معمول فإن أبي كانا شرى يكون هذا بقيمة عمله وهذا بقيمة متاعه غير معمول لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون القول قول رب الثوب ويكون له أن يدفع إليه قيمة الصبغ أو يازم بقيمة الثوب غير مصبوغ الآن يشاء الصباغ أن يسلم إليه الثوب مصبوغاً بغير شيء فإن أبي كانا شرى يكون صاحب الثوب بقيمة أبيض والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ رواه أصبغ عن ابن القاسم وقال الغير في المدونة لا يكونان شرى يكونان شرى والعامل مدع وجه القول الأول أنه لما كان لكل واحد منهما شبهة ولم يعلم بتعدى العامل أدتهما إلا بالية إلى الشركة كالذي يبنى في أرض غيره بشبهة ووجه قول الغير أن

الصانع مدع فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب (فرع) اذا ثبت ذلك فوجه العمل في التحالف قال الشيخ أبو محمد ان اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه ويعطيه قيمة الصبغ وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك أدى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه وان كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع حلف رب الثوب مادفعه اليه ويؤدي قيمة الصبغ فان قال أريد أن أضمنه فان طاع الصباغ ان يعطيه قيمة ثوبه أبيض فلا يمين على واحد منهما وان أبي تحالفوا كانا شريكين في الثوب ههنا مذهب ابن القاسم وأما على قول الغير ان الصانع مدع فيحلف رب الثوب انه مادفعه اليه ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب ههنا قول الصقليين والقرويين من شيوخنا وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضي التحالف قبل التخيير وعلى ما تألوله يثبت التخيير قبل التحالف * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي ان حمل اللفظ على ظاهره أولى وهو ان يبدأ بإيمانها قبل التخيير لأن التخيير انما يستحق بعد الأيمان بخلاف أول رب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الاذن في الصبغ ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدي فاذا اكمل ذلك بينهما بدى بتخيير رب الثوب لأن الاصل له وقد بسطت القول في هذه المسئلة في شرح المدونة والله أعلم بالصواب ص * قال وسمعت مالكا يقول في الصباغ يدفع اليه الثوب فيخطئ به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذي أعطاه اياه انه لا غرم على الذي لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذي دفع اليه على غير معرفة بأنه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له * ش قوله ان الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب التي بعضها للقباض لها يقتضي ضمان الصانع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد هذا وضمانهم في الجملة مما أجمع عليه العلماء وقال القاضي أبو محمد انه اجماع الصحابة وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا يصلح الناس الا ذلك * قال مالك في المدونة والموازية وغير هذا وذلك لمصلحة الناس واذا لا غنى بالناس عنهم كلهم عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبادي للمصلحة وبمثل ذلك ضمن الاكرياء الطعام خاصة للمصلحة وما أدركت العساء الا وهم يضمنون الصانع قال القاضي أبو محمد لأن ذلك تتعلق به مصلحة ونظر للصانع وأرباب السلع وفي تركه ذريعة الى اتلاف الاموال وذلك أن بالناس ضرورة الى الصانع لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخطئ ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه فلو قلنا القول قول الصانع في ضياع الاموال لتسرعوا الى دعوى ذلك وللحق أرباب السلع ضرر لأنهم بين أمرين اما أن يدفعوا اليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه ولا يدفعوه فيضر بهم فكان تضمينهم خلافا للفرقيين ودليلنا من جهة المعنى انه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للمأخذ بعقد متقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالرهن والعارية (مسئلة) ولو شرط الصانع انه لا ضمان عليه ففي العتبية والموازية عن أشهب عن مالك لم ينفعه الشرط وروى عن أشهب أن ذلك ينفعه وجه القول الاول انه محل للضمان متفق عليه فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه في القرض والبيع ووجه القول الثاني انه شرط الضمان فيما يسقط عنه الضمان بالينة عن تلفه من غير تعد فوجب أن ينفعه ذلك ويسقط عنه لأن معنى ذلك تصديقه في الضياع ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك في الاقتضاء والمشهور عن أشهب انه ضامن مع البينة والله أعلم (مسئلة) ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه فقال يكون عندي حتى آتي فأعالمك فيه فيضيع فقد روى ابن حبيب عن أشهب انه ضامن لأنه تركه عنده على العمل لاعلى الامانة (مسئلة) وسواء كان الصانع

* قال وسمعت مالكا يقول في الصباغ يدفع اليه الثوب فيخطئ به فيدفعه الى رجل آخر حتى يلبسه الذي أعطاه اياه انه لا غرم على الذي لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب وذلك اذا لبس الثوب الذي دفع اليه على غير معرفة بأنه ليس له فان لبسه وهو يعرف انه ليس ثوبه فهو ضامن له

خاصاً ومشتراً خلافاً لأبي حنيفة في قوله يضمن المشتري والشاقي في قبض المشتري قولان هذا
الذي حكاه القاضي أبو محمد وحكى ابن حبيب عن مالك لا يضمن الصانع الخاص وهو الذي يحمله
إلى مكانه يصنع فيه والذي يعمل في حانوته هو المشتري قال وقاله كله أصبغ وإذا كان معنى الخاص
الذي يعمل عنده فالمشهور من المذهب أنه غير ضامن وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا وإن
كان معنى الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل وإنما عمل بهذا خاصة في العتبية قال عيسى من دفع
ثوباً إلى رجل بقصره أو يخطيه أو يرقعه فضاع عنده لم يضمنه إذا لم ينصب نفسه صانعاً وهو كالأمين
حتى ينصب نفسه لذلك فيضمن فإذا قلنا إن الخاص هو من عمل في منزل صاحب المتاع وأنه لا يضمن
فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب في العتبية أنه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد
إلا أن يغرم من نفسه فيضمن وجه القول الأول أنه صانع فكان ما يأخذه على حكم ضمان الصانع
كالمشتري ووجه القول الثاني أنه غير قابض لما يصنع فيه فلم يضمنه باليد كما لو تلف قبل أن يقبضه
الصانع (مسئلة) وسواء عملوه بأجر أو بغير أجر فإنهم ضامنون روى ابن حبيب وغيره عن مالك
خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يضمن من عمل بغير أجر والدليل على ما نقوله أنه صانع لم تقم له بينة
على هلاك ما قبضه للعمل فكان ضامناً كما لو عمله بأجر (مسئلة) ويضمن الصانع وإن كان
معه صاحب المتاع وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم إن كمر الثوب بحضرة صاحبه
فقطعه من غير تفریط ولا تعد فإنه يضمن ومعنى ذلك أن الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم تقم به بينة
وإذا أصابه أمر من قبله فهو أحق بال ضمان لأنه لا يعلم قصده (فرع) ولو كان صاحب الثوب يعمل معه
فقد قال ابن حبيب وابن المواز ما أصابه من عمل صاحبه فلا ضمان على الصانع وإن كان من عمل الصانع
فهو منه وإن جهل ذلك فهو منهم ما يلزم الصانع نصف ما نقصه ووجه ذلك أنه لو كان من فعله مال كان
منهما فإذا تردد بينهما ولم يكن أحدهما أخص به من الآخر فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما (مسئلة)
ويضمن الصانع ما أصلح فيه السير وإن كان بغير أجر مثل فص خاتم ورقة ثوب أو زره أو سير في
قلادة بقمته إذا أسلم ذلك إليه روى ابن حبيب عن مالك ومثله في كتاب محمد ووجه ذلك أنهم لما
ضمنوا ما أسلم إليهم للضرورة العامة فهذا المعنى موجود في مسئلتنا وإذا أفسد الخياط أو القصار
الثوب فساداً يسيراً فقد قال مالك في الموازية والمختصر عليه ما نقصه بعد أن يرفأه يقال ما قيمته يوم دفعه
إليه جميعاً وما قيمته ذلك اليوم مرفوعاً فيغرم ما بين ذلك وإن كثرا ضمن قيمته كله يوم دفعه إليه وروى
ابن وهب عن مالك إذا أفسده بخياطة فله أن يضمنه قيمته يومه صحيحاً وقال مالك في الموازية ولا يضمن
من دفعت إليه لؤلؤة لثقبها إذا كسرت قال أصبغ في العتبية أو يخرم موضع الثقب ولو عدى
الثقب لضمن قال مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك القوس تدفع لمن يعمرها والرمح لمن يقومه
والفص لمن ينقشه والدابة يسرجها البطار والسيف يقومه الصقال فينكسر ذلك كله أو المربض
يسقى الدواء أو يكو به الطبيب فيموت من كيه أو الخاتن يخنق الصبي فيموت من خنقه أو الحجام
يقلع الصرس فيموت صاحبها أنه لا يضمن أحدهم (فرق) والفرق بين هذا وبين ما تقدم ما قاله
ابن حبيب أن الغالب في هذا كله الغرر فصاحبه إذا أذن في العمل وعمل على ما جرت به العادة من
العمل فقد عرضه لما حدث عليه فلا ضمان على الصانع وإنما يضمن بالتعدي أو بتلف بينة فإذا لم
يوجد منه تعد ولا تلف مجهول فلا ضمان عليه وقد قال مالك في الموازية والمدونة في الفران لا يضمن
ما أحرق من الخبز والغزل لأن احتراقه ليس من سببه وهو من غلبة النار إلا أن يغرم من نفسه أو

يفرط فيضمن وذلك اذا غرم من نفسه فقد تعدى من تناول ما لا يحسن وقد فسد بسببه وعمله فكان عليه ضمانه والفران اذا غرم من نفسه وهو لا يحسن الخبز وفرط فقد وجد منه التعدى الموجب للضمان وأما الخياط تفسد الثوب خياطته والطاحن يفسد القمح طحنه فان الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحترار منه غالباً فكان عليه ضمانه وكذلك في الخبز لو كان احتراقه بسببه على وجه يمكنه الاحترار منه لضمن وقد قال ابن حبيب انه لو احترق بتضييع منه أو عبث في وقيد لضمن وكذلك في اللؤلؤة اذا تناول ثقبها من موضع فموضعها عليه وان انخرمت لانه امر غالب وان قال اهل البصر بذلك انه تناول من غير موضعه فهو ضامن (فرع) اذا كمل ذلك فترجع الى أصل المسئلة فعلى الصانع في ضمان الثوب قيمته يوم قبضه ووجه ذلك انه حينئذ ضمنه كالعاصب والمشتري ولو تلف بعد كمال الصنعة وقامت بينة بتمام الصنعة فيه ثم تلف فقد قال ابن المواز عليه ضمان قيمته يوم قبضه ونحوه قال ابن القاسم في المدونة ولو قامت بينة بضياعه فقد قال ابن المواز هو من صاحبه وعليه الاجرة وقال ابن القاسم في المدونة لا أجره عليه لانه لم يسلم العمل الى صاحبه ووجه قول ابن المواز ان العمل لم يصر في الثوب كان ذلك قبضاً من صاحبه للعمل لانه قد صار فيما يملكه فكان عليه عوض ذلك العمل ووجه قول ابن القاسم ان حصول الصنعة في الثوب ليس بقبض لها وانما يحصل القبض لها برجوع الثوب الى يد صاحبه يدل على ذلك انه لو تلف الثوب بغير بينة وقد قامت بينة بتمام الصنعة لم يلزم صاحب الثوب العوض منها (مسئلة) واذا ادعى الفران احتراق الخبز بغلبة النار فقد روى ابن حبيب انما يسقط الضمان عن الفران اذا بقي من الخبز أو الغزل ما يعلم به انه خبز ذلك الرجل أو غزله فأما لو ذهب أصوله لم يعرف الا بقوله انه احترق لضمن ووجه ذلك انه اذا ادعى ضياعاً وتلفاً غير معلوم فهو عندى على وجه الضمان ولا يصدق فيه وأما اذا كان الخبز باقياً فهو مصدق في قوله انه غلبته النار بغير بينة وصاحبه مدع التعدى قال ذلك أصبغ في العتبية في ثقب اللؤلؤة ثم قال وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك في قرض الفأر ولحس السوس اذا ادعى صاحب الثوب تضييع القصار لانه مدع في ذلك والقصار مصدق لان التعدى لا يلزم بالدعوى (فرع) ولو تلف الخبز عند الفران فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا هو له ضامن وقد أسامه اليه صاحبه وقد قال سحنون لو تركه صاحبه ولم يعلم به الفران فلا ضمان عليه واذا وجب عليه الضمان بتسليمها اليه في سماع ابن وهب والمحتمل الكبر لا يعجزني أن يعطيه غير خبرته وليعطيه مثلها ولا بأس أن يأخذ أصغر من خبرته ولا يأخذ أكبرها وقال محمد بن عبد الحكم لا يأخذ غير خبرته في قول مالك قال الشيخ أبو محمد يريد ان الفران ضامن للرجلين (مسئلة) وأما الخسائن فلا ضمان عليه في موت الصخر الا أن يخطئ بقطع الحشفة أو بعضها فعلى عاقلته من ذلك الثلث فاكثر وما قصر عن الثلث ففي ماله ان كان ممن يحسن وان كان ممن لا يحسن وغرم من نفسه فذلك كله في ماله وكذلك الطيب وقالع الضرس والبيطار ويعاقبون مع ذلك رواه ابن حبيب عن مالك (مسئلة) واذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع بينة أنه سرق لم يصدق في ذهاب المتاع وكذلك لو احترق بيته ورأى ثوب الرجل يحترق فيه روى محمد عن مالك هو ضامن وكذلك الرهن قال محمد حتى يعلم ان النار من غير سببه أو سبيل يأتي أو ينهدم البيت فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان وهذا الذي رواه محمد عن مالك مخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك في قرض الفأر واذا ادعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه وقول مالك الصانع مصدق والتعدى لا يلزم بدعوى صاحب المتاع والله أعلم وأحكم فعلى هذا فافقياً أشكل وجه سببه وايتان احدهما ان

الصانع ضامن والثانية انه مصدق ووجه الرواية الأولى ان التعدي سبب للضمان فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة في حق الصانع أصل ذلك المغيب عليه ووجه الرواية الثانية ما أشار إليه مالك ان التعدي لا يثبت بالدعوى ومعنى ذلك أن التلف ظاهر وهو تبرؤ من سبب الضمان الذي هو المغيب على المصنوع وهذا فيما أشكل وجه سببه وتيقن السبب كالحرق وقرض الفأر وما إذا أشكل السبب نفسه فلم يعلم هل هو قرض فأر أو غيره ففي المدونة في الفار يقرض الثوب عند القصار قال مالك ومن يعلم في مسئلتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم بينة أن الفار قرضه وقال في الموازية ويتبين ذلك للناظر اليه قال في المدونة من غير تضييع فلا يضمن وقال في الموازية في قرض الفار ولحس السوس وان أشكل ذلك فالصانع ضامن حتى تقوم بينة انه قرض فأر أو لحس سوس ولم يكن ضيع ففي هذا الوجه قول مالك وهو الضمان والله أعلم (مسئلة) واذا جعل الخياط وجه الثوب الى داخل فانه يفتقه ويعيده فان كان الفتق ينقصه خيرر به بين أن يضمنه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه واعادة خياطته قال سحنون في كتاب ابنه ووجه ذلك ان هذا عمل ينقصه وينع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال وهو مما يستطاع تغييره واستدرا كه فان كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدرا كه وازالة ما دخل من الفساد فيه وان كان ذلك ينقصه فعلى ما تقدم من التخيير لان صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه والله أعلم (مسئلة) واذا أخرج القصار للثوب أسود رديئا فقد قال سحنون في كتاب ابنه عليه أن يعيده حتى يعوده فان كان رده بنفسه بأن يسترخي وينكس وجهه وخيف أن يحترق فلا يردده وينظر فان أفسده بذلك فسادا يبيناه من قيمته أسمر يرد عندي يوم قبضه خاما وان كان الفساد يسيرا أعطاه به قيمة العمل الرديء قال الشيخ أبو محمد المصنف بوجاهة شرطه ووجه ذلك أن استدراك تبييضه اذا أمكن من غير افساد الثوب لزمه عمله لان عمله الأول الذي استوجر عليه لم يتمه بعد فعله اتمامه وان كان لا يتم ذلك الا بافساد الثوب فهو مخير بين أن يضمنه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه وقال في الفساد الكثير يضمنه قيمته ومعنى ذلك عندي ان شاء أن يضمنه وقال في الفساد اليسير ان له أن يدفع اليه قيمة العمل الرديء ولم يجعل له خيارا في تضمينه القيمة وهو الصواب ان شاء الله تعالى (مسئلة) واذا كيل القمح على الطحان وأسلم اليه فقد قال ابن القاسم هو ضامن له * قال مالك أرجو أن يكون تضمينه خفيفا ووجه ذلك انه ان كان حكمه حكم الصانع وهو الأظهر فهو ضامن للطعام وغيره وان كان حكمه حكم الحاملين فهو ضامن أيضا لان الحمال المنفرد لجل الطعام هو ضامن له (فرع) اذا ثبت أنه ضامن فقد قال ابن القاسم يعطى قدر ما نقص دقيقا على ما يعرف الناس يريدانه أخذه بالكيل فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس انه ينتهي اليه بالطحن ما نقص من القمح والطحان الأجرة كاملة وقال ابن المواز عليه قمع مثله وهو قول مالك في العتية من رواية ابن القاسم عنه ووجه القول الأول انه قد استوجر على طحن القمح ولا يتعين بالاجارة على هذا الأصل فعليه أن يأخذ قمع مثله ويطحنه وتكون له الأجرة وعلى قول ابن المواز يضمن فحامله ولا يكون عليه طحنه وسقط من الأجرة بقدره لان الاجارة اختصت بتلك العين لاختلاف القمح في الطحن أولان الضياع جاء من قبل الطحان والله أعلم (فرع) واذا طحن الطحان القمح على النقش فأفسده بالحجارة ففي الموازية والعتية من رواية أصبغ عن أشهب عليه قمع مثله وقال به أصبغ (مسئلة) واذا أفسد الحائك الثوب قال ابن حبيب يضمن الغزل قال ابن القاسم ان وجد مثل الغزل الحائك أناه به وعليه عمله وان تعدر مثله فعليه قيمته

يوم يقبضه وتنفسح الاجارة بينهما هذا الذي حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وفي المدونة عن ابن القاسم في الذي يضمن الحائك لانه نسجه له على أقل من العرض والطول الذي شرطه له قيمة غزله وليس له مثله ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته لا مثله لان مال كقال فيمن استهلك ثوباً عليه قيمته فكذلك الغزل وقال غيره أصل الغزل الوزن فعلى من تعدى فيه مثله فيحتمل أن يريد بقوله ليس له مثله لانه لا يوجد مثله غالباً ويحتمل أن يريد ليس له مثله وان وجد لانه أصل الثوب الذي تلزم فيه القيمة وهو الأطهر من قوله في المدونة ووجه ذلك ان الغزل يتعدى فيه التماثل لاختلاف أصله ولاختلاف الصنعة فيه على وجه يتقارب فلذلك عدل فيه القسمة وان كان موزوناً كما عدل في الثوب الى القيمة وان كان مذروعا لكنه لما اختلف جنس أصله في الجودة وكانت صناعته مختلفة متفاوتة ولم ينظر الى تماثله من جهة الذرع عدل الى القيمة والله أعلم وأحكم وجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن (فرع) اذ اثبت أن عليه القيمة على الوجه الذي ذكر فقال ابن القاسم تنفسح الاجارة بينهما وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن الاجارة قائمة باخذ القيمة ويأتي بغزل مثله فينسجه له واختار ابن حبيب قول ابن القاسم واحتج لذلك بأنه غزل معين فاذا ذهبت العين وعدمت بطل العمل المختص بها وهذا فيه نظر وانما يجب أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم التماثل فيه وتفاوته في الرقة والغلظ والقوة والضعف واذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوتت العين المختصة بالعقد وجب نسجه كرضاع الصبي وتعليم الأعمال ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بانه ليس العرض نفس الغزل ولو شرط ذلك لم تجز الاجارة (فرع) ولو أعطاه الغزل لنسجه سبعا في ثمان فنسجه ستا في سبع ففي المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله أو يأخذه وعليه جميع أجره وقال غيره له من الأجرة بحساب عمله فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سامة أن النقص انما هو في هذا الثوب عيب من العيوب في العمل فاذا رضى به كان عليه جميع العوض كالمثل في البيع ووجه قول الغير انه من باب النقص من جلة ما استؤجر عليه فوجب أن ينقص من عوضه كالمطعم ينقص بعض ما اشترى من مكيله (فرع) اذ اثبت ذلك فان قلنا بقول الغير فعنه أن ينظر الى أجر مثله فيما شرط وأجر مثله فيما عمل فيسقط ما بينهما من المسمى قاله بعض القرويين (فرع) فلوزاد على الأذرع المشروطة فقد قال الفضل بن سامة لأجرة له في الزيادة على قول ابن القاسم انه عيب وله الأجر على قول الغير

(فصل) وهذا حكم ما يعمل فيه فأما ضياع ما لا يعمل فيه عند الصانع فهو على ضربين ظرفي أو مثال فأما الظرفي فعلى قسمين قسم يستغنى عنه ما يعمله وقسم لا يستغنى عنه ما يعمله فأما ما يستغنى عنه فالذي عليه جمهور أصحابنا انه لا يضمنه الصانع وقد روى في العتبية أصبغ عن أشهب في الثوب يدفع الى الصانع في منديل ان كان الثوب رقيقا يحتاج الى وقاية ضمنه الصانع وان كان لا يحتاج اليها لم يضمنه قال في الواححة انه لا يضمن منديل الثوب اذا ضاع وقد ضاع ملفوفاً به أو قد زايله إلا ضرورة بالثوب اليه ولا يضمن الفران ما ضاع من صحاف الخبز فارغة ولو ضاعت بما فيها ضمنها مع الخبز إذا غني بالخبز عنها فانما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب في صفة الحاجة لافي مراعاة الحاجة فعند أشهب ان ضمانه ما يحتاج الى صيانة عن الحاجة المؤثرة في الضمان وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر وانما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه (مسألة) ومن أتى بخفين الى خراز يصلح أحدهما فضا عافى العتبية عن أصبغ لا يضمن الا الذي فيه العمل ووجه ذلك انه لا تعلق لعمله به كالظرفي الذي يستغنى عنه

(مسئلة) وأما ما تدعو الحاجة اليه من الظروف فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ما تقدم ذكره وفي كتاب ابن المواز اذا ضاع القمح بقفته عند الطحان أو ضاع عند الفران لوح الخبز أو قصعته أو ضاع عند الصيقل عند السيف أو عند الخياط منديل الثوب لم يضمن شيئاً من ذلك ويضمن المثال ليعمل عليه وروى ابن القاسم في العتية عن مالك ضمان المثال وقد روى سحنون لا يضمن الوراق الأم التي يكتب منها وهذا يقتضي انه لا يضمن المثال وجه قول ابن المواز في نفى ضمان الطرف واثباته في المثال ان الظروف لا تتعلق عمله بها فلم يضمنها والمثال عمله متعلق به قال مالك لا غنى به عنه ووجه قول سحنون انه لا يعمل فيه وانما يعمل في غيره فكان المثال كالظروف

(فصل) فهذا حكم الصانع وأما الاجراء فهم على ضربين أجراء للصانع وأجراء للحفظ والرعاية فاما أجراء الصانع فالذي روى ابن المواز عن ابن القاسم أن أجيرا للقصار لا يضمن والقصار ضامن لما أفسده أجيره قال ابن حبيب ولا يضمن الأجير للقصار والصباغ شيئا وهذا في الأجير المتصرف بين يدي القصار بحسب اختياره وليس بمحائز لما يعمل به فأما ان كان يتصرف في العمل باختيار نفسه ويموز ما يعمل فيه فقد قال في العتية والموازية عن أصبغ عن أشهب ان كثر على الغسال الثياب فأجر اجراء فبعثهم الى البحر بالثياب فيسدعون تلفها أنهم ضامنون وكذلك اجراء الخياط يتصرفون في الثياب فتتلف فهم ضامنون وقال ابن ميسرة وذلك اذا أجرهم على عمل أثواب مقاطعة فهذا معنى ما قدمناه لانه اذا قوطع على عمله فقد صار له حكم الصانع وأما اذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة فحكمه حكم الاجراء (مسئلة) وأما الاجراء للحفظ فعلى قسمين قسم لهم يتعلق بالعمل وقسم لا يتعلق لهم بالعمل فأما من له تعلق بالعمل فكصاحب الحمام يوضع عنده ثياب الناس فقد قال مالك في العتية من سباع ابن القاسم عنه قد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس فيضمنونها أو يأتون بمن يعر سها قال الشيخ أبو محمد في نوادره باثر هذه المسئلة وقد قال أيضا في كتاب آخر لا يضمنون وهذا الذي أشار اليه الشيخ أبو محمد قد أشار اليه غيره من شيوخنا ولا أعلم أنهم يشيرون الا الى ما في المدونة في كتاب الجعل والاجارة من قول مالك لا ضمان على من يجلس لحفظ ثياب من يدخل الحمام ما ضاع منها لانه بمنزلة الأجير وهذا الذي أشاروا اليه ليس عندي مما نحن فيه بسبيل لان أجراء الصانع لا يضمنون وانما يضمن الصانع أو من هو في حكم الصانع وصاحب الحمام ليس بأجير محض الاجارة بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والغتسال فيضمن ما لا يستغنى عنه من عمله فيه من ثيابه على قول من يرى على الصانع ضمان ما لا يستغنى عنه ما استعمل فيه ولا يضمن على قول من لا يرى عليه ضمان في ذلك أو يكون أجيرا له تعلق بالعمل فيكون كالحال يستأجر على الحال فيضمن ما جرت العادة بتسريحه اليه كالطعام ونحوه لانه مما جرت عادة الجمالين بالخيانة فيه والتسرع اليه وكذلك صاحب الحمام وهو المالك لامره والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ما جرت العادة بخيانتة فيه والتسرع اليه وهي ثياب الناس والله أعلم ومغيبه عن ثيابه الى داخل الحمام مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بمغيب صاحب الثياب وقد قال ابن حبيب في الواضحة في الطحان يطحن القمح بمحضرة صاحبه لا يضمن ظرفا ولا قحالا أن يخرج الناس عن الرحي للزحمة فيضمن القمح وظرفه وكذلك الفران فجعل الخروج عن الرحي والفرن مغيبا يوجب الضمان على الحافظ الذي له تعلق بالعمل (مسئلة) وأما الحافظ الذي لا تعلق له بالعمل فالمشهور من المذهب أن لا ضمان عليه في النوم والغفلة وانما الضمان عليه في التعدي وقد قال مالك في المستأجر ليحرس بيتا أو خيلا أو غنما

فينام فيسرق مافي البيت أو يذهب بالخيل أو والغنم لاضمان عليه وله أجره كاملا قال ابن القاسم لا يضمن الأجير الا ماضيع أو فرط وقال ابن المواز لا يضمن جميع الحراس الا بالتعدي كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره ووجه ذلك انه مؤتمن لا تعلق له بالعمل فلم يكن عليه ضمان كالمودع وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب ان الراعي الخاص لا يضمن والمشتري يضمن قال ابن حبيب ومن أخذه فهو حسن فحمل هذا على ظاهره وقال ابن وهب معنى المشتري ههنا أن يأخذ ما لا يقوى عليه (مسئلة) وأما الأجير على البيع أو الشراء فالذي نص عليه أصحابنا انه لا ضمان عليه قال ابن المواز لا ضمان عليه ان ضاع المبيع أو ضاع ثمنه ووجه ذلك ما تقدم من أنه مستحفظ لا تعلق له بالعمل فلم يضمن ما ضاع من غير تعد كالمودع (فرع) فاذا ضمن بالتضييع فقد قال ابن القاسم من التضييع أن يترك ما وكل به ويذهب الى غيره فليس النوم والغفلة من التضييع ووجه ذلك انه لا بد لكل أحد منه ولا يمكنه الاحتراز منه فأما من ترك حفظ ما وكل بحفظه والاستعمال لغيره فما يمكن الاحتراز منه ولا يمكن الحفظ معه (فرع) وأما الحارس الذي لا تعلق لحراسته بعمله فله الاجر كاملا وان ضاع ما استحفظ وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك في الطريق بفعله فلا أجر له حتى يبلغه وكذلك ما يعطب في السفر لانه من سبب السفينة يهلك وأما المشتري لبيع أو الشراء يتلف الساعة أو يتلف ثمنها انه لا أجر له قاله ابن المواز لان هذا من باب الجعل فلا جعل له الا بتام العمل وهو أن يوصل اليه ما ابتاعه أو ثمن ما باع له وفي العتية لابن القاسم عن مالك فممن بعث معه بخادم يبلغها يجعل فنام في الطريق فذهب ان له من الاجر بحسب ما يبلغ ولا ضمان عليه قال الشيخ أبو محمد يريد انها اجارة ليست بجعل وقد قال ابن القاسم عن مالك ان ماتت الجارية في الطريق فله الأجرة كاملة وعليه أن يتم له بقية سفره ووجه ذلك أن ما كان من هذا على وجه الجعل فلا أجر له الا بتامه وما كان على وجه الاجارة فها هنا اختلف قول مالك فخره فسخ الاجارة بفوات العين وجعل له من الاجر بحسب ما عمل ومرة أبقاها وجعل له الاجر كاملا والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من استؤجر ليخبر بعمله فعلى ضربين أحدهما أن يكون له مع ذلك عمل أولا يكون له عمل فأما الذي له مع عمله عمل فكالوكيل يخطئ الطريق فقد قال أشهب عن مالك ان كان عالما بذلك فلا شيء عليه والكراه له وأما الجاهل به فلا شيء له وقال أشهب لاشئ لهما قال ابن حبيب اذا بلغهم البصير بالدلالة وقد أخطأ فله الاجر كاملا وان لم يبلغهم فله من الاجر بقدر ما بلغهم الى أن يستغنى عنه لما ظهر لهم من خطئه وان غرهم وهو جاهل فلا شيء له وعليه الأدب (مسئلة) ومن قال لخياط ان كسائي هذا الثوب اشتريته فقال يكسوك فلم يكس في العتية من رواية ابن القاسم عن مالك الشراء له لازم ولا ضمان على الخياط وله الاجر كاملا ان كان بصيرا واختلف قول مالك في تخمينه اذا غر بجهله فقال يضمن وقال لا يضمن ولا أجر له وقال ابن دينار المذني فممن استأجر من ينقد ما لا فوجد فيه ردينا ان كان بصيرا وهذا الردى مما يختلف فيه لم يضمن وان كان مما لا يختلف فيه لبيان فسادة فهو ضامن لانه قصر فيما كان يدركه لو اجتهد فلو كان جاهلا غرم نفسه فان كان الردى بينا لا يختلف في مثله ضمن وعوقب وان كان مما يختلف في مثله لم يضمن وان لكل واحد منهما أجرته

(فصل) وقوله لا غرم لي اللابس ويغرم الغسال هو قول مالك في الموطأ وهو المشهور عنه وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه وقال أشهب عنه في الموازية وذلك اذا لبسه أياما الا أن يكون أبلاه وقال أشهب في النوادر وان دفع الصباغ ثوب هذا الى هذا وثوب هذا الى هذا فان لبسهما

حتى خلقا ضمن كل واحد قيمة الثوب الذي لبس وان لم يخلق اغرم كل واحد ما نقص الثوب الذي لبس ولا شيء على الغسال وقال أبو حنيفة والشافعي صاحب الثوب مخير بين ان يغرم اللابس أو الغسال فان أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشئ وان أغرم الغسال رجع على اللابس ووجه قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لا ضمان عليه لان من عليه ضمانه ان تلف سلطه على لبسه لانه انما صبغه ليلبسه فاذا رده اليه على أنه ثوبه فقد سلطه على لبسه والثوب يتغير بالعمل فلم يميزه صاحبه فالضمان عليه ولو لم يميزه ضمانه للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم ووجه قول أشهب انه أكثر ما في حال اللابس انه مخطئ باتلاف مال غيره فعليه الضمان والاتلاف انما وجد من اللابس فوجب أن يبدأ بالضمان فلو تعذر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال لانه سبب اتلاف ثوبه بدفعه الى من أتلفه وتعذر الاستيفاء من جهته (فرع) اذا قلنا لا يضمن اللابس ما أتلف فقدر وي عيسى عن ابن القاسم ان كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين بقيمة الآخر دينار انظر كم ينقص ثوبه عن الثاني ان لو لبس في تلك المدة فان كان ينقص نصف دينار وقد نقص من الملبوس دينار كان على اللابس الذي لم يلبس ثوبه نصف دينار ونصف آخر على الغسال وان كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار فليس على اللابس الا ذلك الأقل ولا شيء على الغسال ولو كانت قيمة الملبوس دينارا وقيمة الذي لم يلبس دينارين وكان ثوب اللابس لولبسه ذلك نقص نصف دينار وقد نقص الملبوس ربع دينار غرم اللابس ربع دينار الى ما فوق ذلك من القيمة ما لم يجاوز نصف دينار فلا يغرم أكثر منه ولو لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه وهو لا يعلم فقد قال سحنون يرجع من له فضل على الغسال وحكاه ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون . فرجع هذا التفسير الى ان اللابس انما عليه بقدر ما كان عليه بتلف لباسه من ثوبه لانه على ذلك لبس هذا الثوب فيقال له هب لك انك لبست ثوبك عليك عوض ما كان ينقصه لبسك لانه باق يسلم اليك لا يمكن تمييزه من ثوبك فعليك ذلك المقدار وما زاد على ذلك فعلى الغسال لانه هو الذي أتلفه فيكون معنى قول مالك في الموطأ على هذا التفسير انه لا ضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب الذي لبس وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لولبسه فليس بمعنى الغرم الذي وقع التنازع فيه وانما هو بمعنى المعاوضة لما بقي من ثوبه لم يذهب بلبسه والله أعلم وأحكم ومعناه على رواية أشهب انه في اليسير دون الكثير والله أعلم (مسألة) وهذا اذا لبسه من دفع اليه فاما لو قطعه فان أن أخذ ثوبه وأضعه القصار دون الذي قطعه أو نقصه القطع أو الخياطة لم يكن لي أن أخذ ثوبه وما نقصه القطع قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره اذا نقصته الخياطة فان شاء أخذه ولا غرم عليه للخياطة وان شاء تركه وضمن القصار ووجه ذلك أنه لو لم يأخذ الثوب ممن قطعه يجبر وهو غير متعذر فلذلك لم يضمن ما نقصته الخياطة والغاصب يرد ما قطع وما ينقص القطع لانه متعذر ومن وجد بثوب عيبا بعد ان قطعه رده وما نقصه القطع لانه لا يجبر على رده بل له امساكه وأخذ ما نقصه العيب (فرع) وان كان الذي أخذه قد قطعه وخطه فان لصاحب الثوب أن يضمن القصار ثوبه غير مقصور أو يأخذه ويغرم خياطته ويعطى القصار أجره ولا يرجع عليه بأجر الخياطة قاله ابن القاسم في الموازية وفي المدونة في بعض الروايات عن ابن القاسم ان أبي صاحب الثوب أن يدفع أجره الخياطة فللذي خاطه أن يعطيه قيمته بحسبها أو يدفعه اليه مخططا فان دفعه اليه فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته وقال سحنون اذا أبي صاحب الثوب من دفع أجره الخياطة فليس له الا أن يضمن القصار فان ضمنه قيمته

للقصار ادفع أجرة الخياطة للذي خاطه وخذه فان أبي قيل للآخر ادفع اليه قيمة الثوب فان أبي كانا
 شريكين هذا بقيمة الثوب وهذا بقيمة الخياطة
 (فصل) وقوله فان لبسه وهو يعرف انه لبس بوجهه فوضا من يردانه يضمن ما نقصه لبسه قل ذلك
 أكثر قاله عيسى عن ابن القاسم قال ولا شيء على الغسال الا أن يعدم اللابس فيغرم الغسال ويتبعه به
 في ذمته ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذي دفع اليه عاملين واختلفت قيمة اللبس ورجع من له فضل
 على صاحبه فان استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه (مسئلة) ومن اشترى من رجل شيئا وشرط
 عليه فيه عملا في العتية لعيسى عن ابن القاسم ان كل ما يعرف صفة خروجه بعد العمل فلا بأس أن
 يشتر به ويشترط على البائع عمله كالنعل على أن يخرز والقميص على أن يخاط والقلنسوة على أن
 تعمل والقميص على أن يطحن وقد فرض مالك القمح في بعض قوله وأجاز ابن القاسم وأجاز النحاس
 على أن يعمل له ثورا وقيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمل له
 قميصا والظهار على أن يعملها جبة والخديدي على أن يعمل له قدرا أو عودا ينحته سر جا وهو يبيع وأجرة
 وقد جرى في مسائل مالك في الغزل على أن ينسجه والزيتون على أن يعصره انه كرهه قال انما خففه
 مالك في الطحين وخياطة الثوب لان خروجه ذلك معروف وقد عمره أيضا مالك في الغزل على أن
 ينسجه والزيتون على عصره الا ما ذكرنا انه خففه وكل يبيع مع أجرة في الشيء المبيع فانه منع منه
 وان كانت في غيره فاجارة وكل يبيع وشركة داخله في المبيع فاجرها وان خرجت عنه فلا تجزها
 فتحصل من هذا ان ما يجهل صفة الخارج منه انه لا يجوز قول واحد او فيما تعرف صفة الخارج منه
 القولان المنع والاجارة المعروفة وجه الاجارة بصفته كمالو كان العمل في غيره ووجه المنع انه مبيع
 معين لا يقبض الى مدة طويلة يخاف ضياعه فيها فلم يجز ذلك فيه (فرع) اذا قلنا بالجواز فتألف
 الثوب بيد الخياط فقد قال سحنون لا يضمن الخياط ويحط عن المشتري من الثمن بقدر خياطة
 الثوب وطحن القمح الا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة فيضمن كالصانع ووجه ذلك انه اذا
 كان هو الصانع فقد خرج عن ضمان البائع الى ضمان الصانع واذا لم يكن هو الصانع فكأنه اشتراه منه
 على أن يدفعه الى صانع غيره وكان يجب على هذا أن من يعمل الأعمال والتزم أمام الصناعات فيما
 دون أن يتولى عملها وانما يدفعها الى الصانع وقد علم ذلك منه لانه ليس من أهل العمل ولا معروف
 بتأوله فانه لا ضمان عليه وهذا الذي باع الثوب على أن يدفعه الى الخياط قد التزم خياطته بأجرة وهي
 من جلة الثمن الذي أخذه وقد قال ابن حبيب من قال للخياط اذا خطته فادفعه الى غسال فزعم انه
 ضاع قبل أن يتم خياطته أو بعد تمامها قبل أن يدفعه الى الغسال فهو ضامن واذا قال ضاع عند الغسال
 صدق كما يصدق في قوله ردته على قول ابن الماجشون قال ويضمنه الغسال ان أقر بقبضه ويجبي
 على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم لانه لا يصدق عنده في قوله ردته اليك كان
 يجب أيضا على قول ابن الماجشون أن لا يصدق في قوله دفعته الى الغسال اذا أنكر الغسال وقد
 صدق في قوله اذا قال ردته اليك كالوكيل يصدق في قوله ردته اليك ولا يصدق في قوله
 دفعته الى الصانع اذا كذبه الصانع وعلى أن مسألة ابن حبيب هذه ان كان التزم الخياط الغسل
 في ذمته بأجرة أخذها مع أجرة خياطته فهي تشبه مسألة سحنون وان كان انما ناب في تسليمه الى
 الغسال عن المشتري إما بان وكله على استئجار الغسال على ذلك وإما بان استأجر هو الغسال وأذن
 للخياط في تسليمه اليه فحكمه في الوجه الأول حكم الوكيل وحكمه في الوجه الآخر حكم من يدفع الى

الوكيل وكان الأظهر من مسئلة سحنون أن يضم من كل من أخذ ثوباً على أن يعمل فيه عملاً لزمه ذلك في ذمته أو في عمله بيده فهو من جملة الصناع وهم يتساوون في وجوب الضمان والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في الجمالة والحول ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه أنه أن أفلس الذي احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للحتال على الذي أحاله شيء وأنه لا يرجع على صاحبه الأول ﴾ قال مالك وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ﴿ ش وهذا على ما قال أن عقد الحوالة عقد لازم يقتضي إبراء ذمة المحيل من دين المحال فباطرأ بذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشعب بفلسه فلا رجوع للحتال بذلك على المحيل لأنه عيب طرأ على ما قد صار إليه حال سلامته ورضى به فلا انتقال له عنه بما يحدث فيه بعد العقد ولو كان العدم موجوداً قبل الحوالة فإن لم يعلم به المحيل فلا رجوع عليه وإن كان قد علم به وكنهه وغر منه فالرجوع عليه وقد تقدم في البيوع بما يغني عن إعادته وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فإن الذي يتحمل له يرجع على غيره الأول ﴾ ﴿ ش وهذا على ما قال أن من يتحمل لرجل بمال له على رجل آخر فإنه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه إلى ذمة المتحمل وإنما الحيل وثيقة من حقه على من هو عليه فإن أفلس المحيل أو مات لم يبطل حقه بل هو ثابت على حسب ما كان على غيره وإنما الجمالة معناه أن يلزم المتحمل إحضار ما يتحمل به وهي الكفالة والزمانة والضمان قال القاضي أبو محمد كل ذلك بمعنى واحد وقال في المدونة إذا قال أنا لك ضامن أو كفيل أو حيل أو زعيم أو هولك عندي أو على أو قبلي فهو كله ضمان لازم في الحق والوجه قال والأصل في جوازها قوله تعالى ولمن جاء به حل بغير وأما به زعيم وهذا أن استدلت به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللغة فبين وأما أن استدلت به على ثبوت حكمها على ما ذكره القاضي أبو محمد فأنما هو على رأي من يقول أن شرع من قبلنا شرع لنا إلا ما خصه الدليل وهو المشهور من منهج مالك والله أعلم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الجمالة على وجهين حمالة بالوجه وحمالة بالمال فأما الجمالة بالوجه فهي جائزة خلافاً للشافعي في منعه من ذلك والدليل على ما نقوله أن المقصود منها المسال لأنه حيل بوجه الغريم ليطالب بالمال فنقول أنه وثيقة تصل بها إلى المطالبة بالمال فصحت تعلقها بالوجه كالشهادة (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالجمالة بالوجه على وجهين أحدهما الجمالة بالوجه على الإطلاق فإن جاء الكفيل بالتكفل به برئ ووجه ذلك أنه قد وفاه ما يتحمل له من إحضار وجهه (مسئلة) وهذا إذا لم يعين لجهته به وقتما أتى به برئ وإن ضرب لجهته به أجلاً فجاء به عند أجل برئ قاله مالك في المدونة لأنه قد أتى به على ما شرط فوجب أن يبرأ ولو يتحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر فأحضره من الغد فإنه لا يبرأ حتى يأتي به عند الأجل واه أبو زيد في العتبية عن ابن القاسم ووجه ذلك أنه شرط إحضاره في وقت معين فلا يبرأ بحضوره قبله أصل ذلك حضوره يوم الجمالة (مسئلة) ومن شرط صحة الإحضار أن يحضره الحيل أو وكيله على ذلك فإن أحضره أجنبي وسأله إلى الطالب لم يبرأ بذلك الحيل وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد أنه قد سلم نفسه إليه عن الحيل لم يبرأ الحيل بذلك قاله في المدونة زاد في كتاب ابن المواز إلا أن يأمره الحيل بذلك فيكون ذلك كدفع الحيل لأنه قد وكله على النيابة عنه في ذلك فإذا أشهد بذلك لزم الطالب وإن أباه ﴿ قال القاضي أبو الوليد رحمه الله

﴿ القضاء في الجمالة

والحول ﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يحيل الرجل على الرجل بدين له عليه أنه أن أفلس الذي احتيل عليه أو مات فلم يدع وفاء فليس للحتال على الذي أحاله شيء وأنه لا يرجع على صاحبه الأول ﴾ قال مالك وهذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ﴿ قال مالك فأما الرجل يتحمل له الرجل بدين له على رجل آخر ثم يهلك المتحمل أو يفلس فإن الذي يتحمل له يرجع على غيره الأول

وهذا عندى اذا لم يرد الطالب قبوله الابتسليم الجميل لانه حق قد لزمت الجميل فالطالب أن لا يقبله من غيره وله أن يقبله فيبراً الجميل كالمو كان عليه دين فدفعه عنه أجنبي فان للطالب أن لا يقبله من الأجنبي الابتوكيل الغريم وله أن يقبله فيبراً بذلك الغريم (فرع) وهذا على اطلاق الجمالة ولو شرط الجميل على الطالب اذا لقيت غريمك فذلك براءتى فقد روى حصين بن عاصم وابن القاسم فى العتية انه ان لقيه بموضع يقدر عليه فقد برئ وله شرطه ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبرأ الجميل (مسألة) ومن شرط صحة الاحضار أن يحضره ويسلمه اليه حيث تنفذ الأحكام عليه وان كان بغير بلده وأما ان دفعه اليه بحيث لا يستطيع حسه أو لسلطان فيه ولا حاكم أو حال فتنة أو مغارة أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه فانه لا يبرأ بذلك قاله كله فى المدونة قال فى كتاب محمد ولو أسلمه اليه وهو محبوس فى دم أو دين أو غيره فقد برئ وكيفيه أن يقول قد برئت اليك منه وهو فى السجن ففسأ نكبه ووجه ذلك انه انما تكون البراءة بتسليم مفسك به من طلب حقه وأما بتسليم لا يتمكّن به من طلب حقه واستيفائه منه فليس هو الذى شرط عليه ولا يتوصل به الى الغرض من الجمالة فلا يبرأ به الجميل والله أعلم وأحكم (مسألة) ولو مات الغريم لسقطت الجمالة عن الجميل لانه انما تحمل للطالب باحضار نفسه وذلك يقتضى أن تكون موجودة ونفسه قد ذهبت لموته وعدم بذلك شرط التمكن من احضارها (فرع) وهذا ان مات ببلده قبل أن يلزم الجميل احضاره أو بعده رواه عيسى عن ابن القاسم وقال لانه وان كان حان الأجل فلم يطلب به فلا شئ عليه وان مات بغير البلد فقد قال أشهب لأبى مات غائباً أو فى البلد قال الشيخ أبو محمد يرد لا يفرم الجميل وقال ابن القاسم فى العتية والمواز يفرم فى موت الغائب ان كان الدين حالاً قربت الغيبة أو بعدت فان كان الدين مؤجلاً فأت قبله بمدة طويلة لو خرج اليه لجاء به قبل الأجل فلا شئ عليه وان كان على مسافة لا يمكنه أن يجيئ به إلا بعد الأجل فهو ضامن وانما يلزمه ضمان المال بغيب الغريم لانه لا ضمان له يتسبب به الى استيفاء ماله فالما لم يف بذلك لزمه المقصود الذى اتفق عليه بما تعذر من احضاره وهو المال (مسألة) واذا حان الأجل فطلب الجميل بالغرم وقد غاب فسأل أن يؤجل الثانى فى العتية من رواية يحيى عن ابن القاسم أن كان قريب الغيبة قال فى المدونة اليوم ونحوه مما لا مضرة فيه على الطالب فله ذلك وان كان بعيد الغيبة فليس له ذلك وليغرم مكانه وقال ابن وهب فى الموازية اذا غاب الغريم قضى على الجميل بالغرم ولا يضرب له أجل ليطالبه ويحتمل أن يريد ابن وهب منع التأجيل البعيد الغيبة ولا يمنع التأجيل الخفيف القريب الغيبة ووجه ذلك أن فى الغيبة البعيدة ان ضرب له أجل قريب لم ينتفع به فى الظاهر وان ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب وفى الغيبة القريبة يضرب له أجل قريب رجاء أن يحضره فى مدة قريبة لا مضرة فيها على الطالب فيبرأ الجميل ولا يستضر الطالب (مسألة) ولو كان للغريم مال حاضر فسأل الجميل أن يباع له فى سماع يحيى من العتية وهو فى الموازية عن غيره ان كان على مسيرة عشرة أيام يبيع ماله عليه وأما على يومين فلا وليس كاتب حتى يبعث أو يأس منه فيباع عليه ولا يؤخر جميل المال وهو كالغريم نفسه * وقال مالك فى المدونة يباع له الرباع وغيره وذلك أن قول مالك اختلف فى الحكم على الغائب فى الرباع وقد روى يحيى بن يحيى فى عشرته عن ابن القاسم انما اختلف قوله فى الحكم فيها وأما يبيعها فى الدين فقوله انها تباع فى الدين وفاته مخالفة للعتية رواية يحيى فى عشرته ومتضمنه ان الخلاف فى بيعها فى الدين (مسألة) ولو غاب الغريم فتلوم على الجميل ثم قضى عليه بالغرم

ثم حضر الغريم في المدونة عن ابن القاسم قدمضى عليه الحكم ولزمه المال ولو قامت البينة بعد الغرم
ان الغريم كان ميتا قبل الحكم عليه لا يرجع ماله ووجه ذلك ما قدمناه انه يموت الغريم ببراءة من الجمالة
فاذا ظهر بالبينة انه كان ميتا يوم الحكم عليه فقد تبين انه حكم عليه بما لا يلزمه فلذلك وجب له الرجوع
فيه وفي الموازية في الجميل بالمال ان الطالب اذا حكم له على الجميل بحقه وبما عجز عنه الغريم ثم أيسر
الغريم رجوعه على من شاء منهما

(فصل) وأما الضرب الثاني من جملة الوجوه هي الجمالة التي يشترط فيها أن لا شيء عليه من المال ففي
كتاب ابن الموارز عن مالك أن شرط جملة الوجه ليست من المال في شيء قال محمد أو يقول
لا ضمن لك الا الوجه فهذا لا يضمن الا الوجه غاب الغريم أو حضراً ومات أو أفلس ليس عليه الا
احضاره وفائدة هذه الجمالة يضمن الاحضار خاصة وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من مغيبه فاذا قيد
الجمالة بانه لا تتعلق حالته بالمال لم يلزمه غير ما التزم من الاحضار وجازت هذه الجمالة لتعلقها في الجملة
بالمال المتعلق بالذمة ولو لا أن المقصود منها طلب الذمة لما جازت هذه الجمالة لأن الأعيان لا يصح تعلق
الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبداً يحضره له أو ضمن من وجب عليه حبه
أو تعزير لأن الضمان لا يتعلق له بالذمة ولا مالاً ان طلبها ولذلك لم تصح والله أعلم وأحكم (مسئلة) قال
أحضر الجميل بالوجه على شرط الغريم برىء وان جاء الأجل فلم يحضره فلا شيء عليه الا احضاره
لا يكلف غيره مال ولا غيره وروى حسين بن عاصم في العتية عن ابن القاسم ان أجعل في طلب
أجلاً كثيرة فقد قال مالك لا شيء عليه غير طلبه وان طال ذلك فعلى ما شرط (فرع) وان قال له
الطالب هو بموضع كذا فاخرج اليه فقد روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم ان كل مثله يقدر
على المسير اليه أمر بذلك وان ضعف عنه لم يكفه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان جهده
مكانه فليس عليه طلبه ولا الغرم عنه وان عرف مكانه لزمه الخروج اليه فيما قرب أو بعد على مسيرة
الأيام التي تكون من أسفار الناس فيخرج أو يرسل اليه أو يغرم الا في البعيد المتفاحش وجه القول
الأول مراعاة حال الجميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه لانه انما دخل على ما يطيقه ووجه
القول الثاني مراعاة ما يتكلف من الأسفار غالباً لانه ان لم يقدر على مباشرة المسير اليه استتاب غيره
(فرع) ولا يضمن المال إلا أن يلقاه فيتركه أو يغيبه في بيته فان ثبت ذلك ببينة ضمن وروى
حسين عن ابن القاسم وقال أشهب اذا لقيه فتركه ضمن ووجه ذلك انه يضمن احضاره دون
احضار المال وان غاب عنه وتعدر عليه احضاره فهو على شرطه وان ترك احضاره مع القدرة عليه
فقد أتلف على الرجل ماله حين تركه الجميل بما يضمن من احضاره ثم قصد الى تركه أو يستره في بيته
فكان عليه ضمان ما أتلفه عليه

(فصل) وأما الجمالة بالمال فمعناها التزام ائصال المال الى من تحمل له به ولا تبرأ بذلك ذمة المتحمل
عنه خلافاً لابن أبي ليلى في قوله ان ذلك يبرئ ذمة المتحمل عنه قال القاضي أبو محمد لانها وثيقة فلم يبرأ
بها من عليه الحق كالرهن (مسئلة) اذا ثبت ذلك في الجمالة بالمال ستة أبواب * الباب الأول فيما
تصح به الجمالة وتميزها بما لا تصح به الجمالة * والباب الثاني فيما تصح الجمالة منه وتميزه من لا تصح
الجمالة منه * والباب الثالث فيما تصح الجمالة عنه وتميزه من لا تصح الجمالة عنه * والباب الرابع
فيما للطالب من مطالبة الجميل * والباب الخامس في رفق الطالب بالجميل أو الغريم * والباب
السادس في قضاء الجميل عن الغريم

(الباب الأول فيما تصح الحالة به)

الحالة تصح في المعلوم والمجهول خلافا للشافعي في منعها من المجهول والدليل على ما نقوله ان هذه وثيقة بحق فصحت في المجهول كالشهادة بالوصية اذا ثبت ذلك فقد قال مالك في الموازية من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دينه فذلك جائز سمي الدين أو لم يسمه والغرماء حضوراً أو غيباً في الصحة وفي المرض وفي العتية من سباع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فمات وعليه من الدين ما لا يدري كم هو وترك ما لا من عين وعرض لم يحصر ولا يدري كم هو فتعمل بعض ورثته بدينه الى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله فان كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه وبين الورثة على فرائض الله تعالى وان كان نقصان فعليه وحده ان ذلك جائز كان الذي تعمل به نقداً أو مؤجلاً لانه صنه على وجه المعروف ولو كان على أن له الفضل وعليه النقص لم يجز لانه يبيع فاسد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان طرأ غريم لم يعلم به الوارث لزمه أن يقضيه ولا ينفعه قوله لم أعلم به قال ذلك مالك وابن القاسم ووجه ذلك انه قد التزم أداء ديونه على العموم ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه والتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لزم والتزام المجهول لازم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال أناضامن لمأضي به لفلان على فلان وهما غائبان أو حاضران أو أحدهما غائب أن ذلك يلزمه قال ابن القاسم في المدونة لان مالكا قال من أوجب المعروف على نفسه لزمه والكفالة معروف فلزمت لزوم الدين (مسئلة) ومن قال لرجل بائع فلان أناضامن لمأبعته به لزمه ذلك اذا ثبت ما باعه به قاله ابن القاسم في المدونة وقال غيره انما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يعامل به المتحمل عنه ولا يبعد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم ويراعى فيه أيضاً حال المتحمل له قال القاضي أبو محمد هذه المسئلة مبنية على ثلاثة أصول أحدها أن ضمان المجهول جائز والثاني ان ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق مالك في البحر وعلى ضمانه والثالث أن اطلاق مثل هذا المحمول على العرف والعادة ووجه ذلك ان من قال لبائع فاكهة يريده مبيعة رجل بالدرهم والدرهمين أناضامن لمأباعت به فلان فاعامله بتياب قرقية باعها منه أو يواقيت وجواهر لها الثمن الكثير من آلاف الدينار لم يلزمه ذلك لانه يعلم أنه لم يرد هذه المعاملة ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان وانما أراد ما جرت به العادة في مثله من مبيعة مثله فيما يتناعه على وجه التفكه الشيء بعد الشيء والله أعلم وأحكم (فرع) ولو رجع الحميل قبل أن يعامله المتحمل منه في المدونة عن ابن القاسم له ذلك بخلاف من قال لمن يخاصم أخاه احلف على ما تدعيه قبل أخى وأنا ضامن ثم أراد الرجوع فليس له ذلك والفرق بينهما ان الحميل لما لم يعامل به في المستقبل لم يتحمل شيئاً ماضياً ولا حقاً ثابتاً وانما وعده بالحالة في المستقبل اذا وجد الدين فله أن يرجع قبل أن يلزم الحالة بوجود الدين والذي قال له احلف بما تدعيه وأناضامن يضمن أمر افدت قدس وجوده فكان للطالب أن يحقق وجوده في الماضي بيمينه في المستقبل فلذلك لم يكن له الرجوع لانه قد تضمن ديناً ماضياً على صفة وهي وجود اليمين المثبتة له والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن اشترى جارية فتكفلت له بما أدركه فيها من درك لزمه ضمان ذلك ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول (مسئلة) ومن أعقق عبده على ألف درهم جاز له أن يأخذ منه بهاجيلاً ولا تجوز الحالة بكتابة المكاتب وان لم يتعجل العتق والفرق بينهما انه ان عجل عتقه على مال لزمه ذلك المال في ذمته فلذلك صحت الحالة به وما على المكاتب من غرم كتابته فغيره ملق بصفة ولا هو دين ثابت عليه لانه يسقط بالعجز عنه فلذلك لا تصح الحالة (مسئلة) ولا يجوز أن يأخذ حميلاً لمعين اشترته قاله ابن القاسم في المدونة قال لان

مال كآقال لايجوز أن يأخذ جيلا بسلعة غائبة اشتريتها بعيدة كانت أو قريبة يجوز فيها النقد ووجه ذلك أن عين المعين لا يقدر الجليل على احضارها ولا تتعلق بذمته ومعنى الجمالة تتعلق بالحق المتحمل به بذمة الجليل والأعيان لا تتعلق بالذم فلذلك لا يجوز التحمل بها (مسئلة) ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك أنها متعلقة بمعينين ولا تتعلق لها بالذم فلا تصح الكفالة فيها ومن استأجر أجيرا أو صانعا معينا لم تصح فيه الكفالة لأنه لا يصح أن يقوم غيره مقامه في العمل وانما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذم قاله ابن القاسم في المدونة ولو كانت خدمة في الذمة مقدرة بزمن أو عمل لصحبت الجمالة بها (مسئلة) والجمالة بالجعل حرام قاله مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعله على حالته قال في العتبية ويرد ما أخذ قال في الموازية فإن كان صاحب الحق عالما بذلك سقطت الجمالة ورد الجعل فإن لم يعلم بذلك فالجمالة لازمة والجعل مردود ومعنى ذلك أنه عقد يعتصم بالمعروف فلم يصح فيه العوض كالقراض وقد قال أصبغ في الموازية كل جمالة وقع حرامها بعقدين الجليل والمطلوب بغير علم الطالب فالجمالة له ثابتة وانما يفسدها علم الطالب قال محمد ويكون ذلك من سببه ومعاملته فإذا لم يكن من سببه ولا علم به في الجمالة فالجمالة ثابتة (مسئلة) وكل جمالة وقعت على حرام من المتبايعين في أول أمرهما أو بعده ففي الموازية لا يلزم الجليل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلاء علمه الجليل أو جهله وقد قاله أشهب في دافع دينار في دينارين إلى أجل وأخذ بهما جيلا الجمالة ساقطة وكذلك كل جمالة باهر فاسد قال محمد ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك وقد قال ابن القاسم فيمن دفع دينارا في دينارين أن الجمالة في ذلك ساقطة وكذلك في فسخ الدين في الدين وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية أن لم يعلم الجليل بذلك فالجمالة ساقطة وإن علم رزمت في دينار من الدينارين وبطل الربا فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم في ابطال ذلك أن الجمالة انما تعلقت بأحد عوضي عقد البيع وذلك لا يكون إلا بعد صحة العقد فاذا بطل العقد لفساده بطل العوض منه ووجب أن تبطل الجمالة لما بطل ما تعلقت به ووجه رواية عيسى أن الجليل إذا علم بذلك فأنما تضمنت حالته رد ما صار إلى المتحمل عنه إذا وجب عليه رده بالشرع وإذا لم يعلم بذلك فأنما التزم المتحمل العوض في عقد وذلك لعدم في هذه المسئلة للاتفاق على ابطال عقد البيع (مسئلة) ومن باع طعاما من مبيع قبل قبضه وأخذ به جيلا فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وأشباه أن الجمالة ساقطة ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمله به لا ينفذ على حسب ما تحمله به فبطلت الجمالة (مسئلة) ومن أسلف سلفا فلا بأس أن يأخذه جيلا قال مالك في الموازية قال ومأعلم أحدا كرهه إلا الحسن ووجه ذلك أنه وثيقة تجوز في البيع مجازت في القرض كالشهادة (مسئلة) والجمالة بما على الميت جائزة وإن لم يترك وفاء وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز ذلك إذا لم يترك وفاء والدليل على ما نقوله ما روى سامة بن الأكو عن أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة فقال هل عليه من دين قالوا نعم قال هل ترك شيئا قالوا لا قال صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة صل عليه يا رسول الله وعلى دينه فصرى عليه ومن جهة المعنى أن كل دين صححت الجمالة به مع اليسار فأنما تصح به مع الاعسار كدين الحى

(الباب الثاني في ذكر ما تصح الجمالة منه وتمييزه من لا تصح جمالته)

الذي تصح جمالته كل مالك لأمره لا حجر لا حد عليه سواء كان يقدر على النطق أو كالآخرس إذا فهم مراده قال مالك في المدونة يجوز كفالة الله إذا فهم عنه وأما من عليه حجر لحقه ولحق غيره فإنه يعتبر

أمره فان كان محجورا عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه لم يازمه الجمالة وأما البكر التي لم
تعتس فهي كالصغير في ذلك وأما التي عتست وأونس رشدها في بيت والدها في المدونة أنه يجوز
حالتها عند ابن القاسم ووجدته في كتاب عبد الرحمن عن مالك وقال مالك لا تجوز هبتها وكذلك
كفالتها لان بضعها بيد أبيها ووجه ذلك أنه لما لم يسقط التعنيس ولا يتعالب في البضع لم يسقط في المال
وجه القول الاول ان الولاية في البضع لا تزول بالرشد والولاية في المال تزول بالرشد لانها تراد لحفظ
المال فاذا حفظ الماز بالرشد زالت ولاية المال وبقيت ولاية البضع لانها تراد لحفظ البضع مما يغيب
فمعناها باقية ما بقيت المرأة فيه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما من كان محجورا عليه لحق غيره
كالعبد والمستغرق في الدين والمريض والمرأة ذات الزوج فان العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد
حالتهم بغير اذن السيد باطلة وان كان العبد مأذونا له في التجارة وقال ابن الماجشون تجوز جمالة
العبد وحكي ابن المواز القولين في العبد وجه القول الاول وهو قول مالك وجهه ما معنى
يدخل في ذمته نقصا وعيبا فلم يكن له ذلك بغير اذن سيده كالمداينة وأيضا فانه وجهه من المعروف فلم
يكن له بغير اذن سيده وان أذن له في التجارة كهبته ماله (مسئلة) وتجوز جمالة العبد باذن السيد
وان لم يكن مأذونا له في التجارة الا أن يستغفره الدين فلا يجوز وان أذن له السيد ووجه ذلك كله
ان الحجة انما تتعلق به لحق سيده فاذا أذن له في ذلك جازت له حالته ولو كان عليه دين يفرق ماله لم
يجز ذلك لانه محجور عليه لحق الغرماء فلا تصح حالته اذن له السيد أم لم يأذن له وأما المكاتب فقد
قال ابن القاسم في المدونة ان اذن السيد للمكاتب والمدبر وأم الولد في الجمالة جازت حالتهم وقال
غيره لا يجوز معروف المكاتب لان ذلك داعية الى رقه وليس له ذلك ولا سيده ووجه قول ابن
القاسم انه محجور عليه بحكم الرق فجاز ما يفعله من ذلك باذن السيد أصل ذلك العبد القن ووجه
قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه فوجب أن يكون ممنوعا من كل ما يكون سببا له
(مسئلة) وهل للسيدا كراه العبد على الجمالة قال ابن القاسم في المدونة ليس له ذلك وقال ابن
الماجشون في النوادر له ذلك وجه قول ابن القاسم ان السيد ليس له ادخال نقص في ذمة عبده كما
ليس له أن يثبت ذلك ديناً عليه ووجه قول ابن الماجشون ان له انتزاع ماله وهو بمعنى ذمته فكان له
شغل ذمته على هذا الوجه (مسئلة) وأما المستغرق في الدين ففي العتبية والموازية عن مالك لا يجوز
جمالة من أحاط به الدين كصدقة وتفسخ لانها من المعروف ووجه ذلك ان من كان للغرماء رده فله
كان لم يرد كفالاته وهبته كالمضروب على يديه (مسئلة) وأما المريض في المدونة عن ابن القاسم
يجوز كفالة المريض في ثلثه وروى ابن المواز عن عبد الملك ان كان المحمول به مليا لزمته وان
كان عديما بطلت ولم يكن في الثلث اذ لم يرد بهذه الوصية ووجه قول ابن القاسم انه معروف يفعله
المريض فكان في ثلثه كهبته ووجه قول عبد الملك ما احتج به (مسئلة) وأما كفالة ذات الزوج
في المدونة عن ابن القاسم ان ذلك في ثلث مالها فان زادت على الثلث في كفالتها فلزوج ابطال
جميعها الا أن يزيد على الثلث الدينار والشئ اليسير فيمضي الثلث والزيادة وقال المغيرة اذا حازت
المرأة الثلث لم يبطل كالمرضى يوصى بأكثر من ثلثه (مسئلة) واذا تكفلت المرأة زوجها في
المدونة قال مالك عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها وكذلك كفالتا عنه ومعنى ذلك ان
كفالتا عنه باذنه ورضاه فان لم يرض بذلك فعلى مذهب ابن القاسم تبطل الا أن تكون بثلث مالها
فأذن الله أعلم وأحكم

(الباب الثالث فيمن يصح الجمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه)

وتحري ذلك انها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أدائه من ماله وأما المولى عليه فلا يخلو أن يكون تحمّل عنه جميل بما تقدمت المعاملة فيه أو بما تستقبل المعاملة فيه فان كان تحمّل عنه بمن مآدا ابتاعه فقد قال ابن القاسم في العتبية والموازاة ان كل ما تحمّل به مما يلزم اليتيم لزّم الجميل ويرجع به في مال الصبي وقال عبد الملك لا يلزم المولى عليه شيء مما تحمّل به فان كانت المعاملة قبل الجمالة لم يلزم الجميل شيء يريد انه لم يتحمّل عنه بدين عليه ولا عاملة المتحمّل له بسببه فلا يلزم الجميل شيء وان كانت المعاملة بعد ذلك لزّم الجميل الغرم ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم وان كان مما يلزم اليتيم على ثلاثة أقسام قسم يلزم الجميل ويرجع به وهو ما يلزم مال اليتيم وقسم يلزم الجميل ولا يكون له الرجوع به وهو على ما عومل به بسبب الجمالة ولا يلزم مال اليتيم وقد قال أصبغ في العتبية فيمن اشترى من سفيه وأخذ حميلا بما يلزمه من قبله فأبطل البيع والتمن على السفه فان الجميل يغرم الثمن ولا يرجع به على أحد وقسم لا يلزم الجميل ولا يرجع به كالتحمّل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله

(الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الجميل)

لا يخلو أن يكون الجميل واحدا أو جماعة فان كان واحدا فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه اختلف فيه في قول مالك فقال في المدونة في الجميل للمال للطالب طلبه في مال الغريم وحضوره قال القاضي أبو محمد وبه قال مالك والشافعي ثم رجع مالك فقال لا يبيعه الا في عدمه أو غيبته قال القاضي أبو محمد وبه قال عبد الملك وجه القول الاول ان الحق متعلق بذمته في حال عدم الغريم فوجب أن يكون متعلقا بذمته في حال يساره كالغريم ووجه القول الثاني عندى انه وثيقة بالحق فلم ينتقل اليه الا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن (مسئلة) وليس للطالب أن يكلف الجميل ملازمة الغريم حتى يدفع ما عليه اذا كان موسرا قاله ابن القاسم ووجه ذلك انه وثيقة بالحق من الغريم وانما له مطالبة بدفع الحق يرجع اليه عند تعذر استيفائه وليس بوكيل على المطالبة بالدين (مسئلة) وليس للجميل أخذ الحق الى الطالب ووجه ذلك ان الجميل ليس بوكيل على القبض ولا مأذون له فيه وانما له أن يطالب الغريم بما تبرأ ذمته به وهو إيصال الدين الى مستحقه (مسئلة) واذا حل أجل الدين والغريم غائب فلا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبا فان كان بعيد الغيبة ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الجميل وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في البعيد الغيبة والذي لا يدري أين هو فلا يضرب له أجل فان كان له مال حاضر فلا يخلو أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو في حكمه أو يبعد تناوله كالدار تباع وما يطول أمده ويكون فيه التربص فان كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب وان كان مما يبعد تناوله أخذ الدين من الجميل ثم للجميل أن يباع له ذلك وان كان قريب الغيبة أجل الجميل أجل اقربا وكره فان أبي والافعل به ما ذكرناه قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم (مسئلة) واذا حل الاجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الجميل وروى أبو يزيد عن ابن القاسم في العتبية ان قال الطالب ان الغريم عديم وقال الجميل هو ملي ولم يعرف له مال ظاهر غرم الجميل ومعنى ذلك ان ذمة الجميل قد تعلق بها الحق فلا يبرأ الا بالأداء وانما يبرأ الغريم بالمطالبة اذا كان له مال فعلى الجميل الذي يدعى يسره اظهار ذلك المال فيبرأ والا لم يبرأ من الدين (مسئلة) وهذا فيما ثبت من دين الغريم بالبينة فأما ما لا يثبت الا باليمين

الغريم فلا يلزم ذلك الحيل ر واه عيسى عن ابن القاسم عن مالك قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي أن يكون الاقرار بالدين بعد الجمالة وأما إذا أقر به الغريم قبل الجمالة فشهد بذلك على اقراره شاهدا عدل فإن الذي يريد مالك بقوله أنه مما تقوم به البيعة ويلزم ذلك الحيل والله أعلم وأحكم

(فصل) ومن قام على منكر بدين فقال له الرجل إن لم آت بك به غدا فالمال على وقد ساء له لم يلزمه المال وإن لم يأت به حتى يبينه الطالب بيينة ولو أقر المطلوب بعد الجمالة لم يلزم ذلك الحيل البيينة وكذلك من أدعى على غائب ألف درهم فتكفل به رجل فقدم الغائب فأنكر أو أقر لم يلزم الحيل ذلك إلا بيينة على أصل الدين أو بيينة على اقرار الغريم قبل الجمالة قاله كله في الموازية ونحوه في العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم (مسألة) ولو أنكر الغريم الدين وأقر به الحيل ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه يغرم الحيل ثم إن قامت له بيينة رجع على الغريم بما أدى عنه ور واه في العتية يحيى عن ابن القاسم قال وإن لم يكن للحميل بيينة لم يرجع الغريم بما أداه

(فصل) وإن كان الحلاء جماعة تكفلوا له بمال فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أوله أخذ من شاء منهم بجميع حقه فإن أطلق لفظ الكفالة فأعسر الغريم عند الاجل فقد قال مالك ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال وإنما له أن يأخذ كل واحد منهم بمحصته منه فإن كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال ووجه ذلك أنهم إذا تكفلوا بمائة فأما تكفل كل واحد منهم بثلث المائة فلا يلزمه سواها (مسألة) وإن شرط عليهم وبعضهم كفلاء عن بعض كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه وإن كانوا موسرين فإن أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك أنه إذا كان بعضهم حلاء عن بعض كان لهم حكم الجمالة فليس لهم أن يأخذوا واحدا منهم إلا بما يجوز له أن يعدل به عن الغريم إلى الحيل من الاعسار أو الغيبة والله أعلم وأحكم (فرع) ولو غاب الحلاء إلا واحدا منهم فغرم الحاضر المال ثم قدم الحميلان والغريم فقد قال ابن القاسم في المدونة للحاضر الذي غرم أن يرجع على صاحبيه بثلثي المال وإن كان الغريم ملياً وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذه من الحيل إذا كان الغريم موسراً حاضراً ووجه الفرق بينهما أن الحميل إنما أخذ وثيقة من الدين الذي على الغريم فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم والحميل الذي غرم في غيبة الحلاء والغريم فكل واحد منهم حيل بجميع المال فأنما غرم عن الحيل كما غرم عن الغريم لأنه لو حضر صاحبه في الجمالة لزمه الغرم معه فلما كان أداه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم (مسألة) فإن اشترط أن له أخذ من شاء منهم بجميع الحق في المدونة عن ابن القاسم له أن يأخذ من شاء منهم بحقه وإن كان شركاً أو في الجمالة حضوراً موسرين لأنه قد شرط ذلك وإذا أخذ أحدهم بجميع المال لم يكن له أن يرجع على أصحابه بشئ مما أداه لأن الطالب قد شرط في الجمالة أن له أن يعلق حقه بذمة من شاء منهم فإذا عين حقه عند أحدهم فأنما ذلك عن نفسه لا عن أصحابه فلذلك لم يجز له أن يرجع عليهم بشئ مما أداه ور وى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب أن الشرط باطل وليس له اتباع أحدهم بأكثر من نصيبه إلا في عدم أصحابه أو غيبتهم (فرع) فإن شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه إن بعضهم حلاء عن بعض فأخذ حقه من أحدهم كان لمن أدى الحق أن يرجع على أصحابه بما أدى عنهم لأنهم قد شرطوا أنه إن عين حقه عند أحدهم فعلى وجه أن بعضهم حلاء عن

بعض فقد تعلق الحق بحالة جميعهم على ان الطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم وفي المسئلة الأولى لم يتعلق الدين بحالة جميعهم وان تعلق بحالة واحد غير معين فلطالب أن يعينه من شاء منهم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تحمل له دينه رجل ثم لقي الغريم فأعطاه حميلاً آخر فقد روى ابن الماجشون عن مالك أنه أن يتبع أي الجميلين شاء ووجه ذلك ان كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضى تقدم أحدهما فاقضى ذلك التخيير في أن يطلب ما أو يطلب أيهما شاء (مسئلة) ومن تحمل لرجل بمال على غريم ثم تحمل له رجل آخر بالجميل فانما له أن يطلب الغريم فان غاب أو أعسر انتقل الى طالب الجميل الأول فان غاب أو أعسر انتقل الى الجميل الثاني قاله ابن الماجشون ووجه ذلك أن حاله مع الجميل الأول والثاني كحاله مع الجميل الأول والغريم وقد تقدم ذكره والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس في رفق الطالب بالغريم أو الجميل)

وجه ذلك ان الطالب قد يهب حقه الغريم أو الجميل أو يؤخر أحدهما فاما الهبة فان وهب الغريم فقد برى الجميل لان الهبة كالاقتضاء ولو اقتضى حقه لبرى الجميل فكذلك اذا وهبه ولو وهب الحق الجميل لم ير الغريم عليه أن يؤدى الى المتحمل له (فرع) ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على ان له أن يأخذ أيهما شاء بحقه فات الغريم فأحاله الطالب ثم أراد أن يطلب الجميل ففي العتية والموازية لأشهب عن مالك يحلف ما وضع اللبث وهو على حقه قال محمد فيها شئ وقال في موضع آخر فيها نظر وروى في موضع آخر عن مالك ان كان آخر بعض الحق من تركه الميتم كان ما أخذ بالخصص بين الحقين ويحلف ما وضع اللبث ويكون على الجميل حصته بمابق (مسئلة) وأما ان أخذ الغريم في العتية والموازية لأشهب عن مالك ان أخذ الغريم سنة فالجمالة ثابتة الا ان للحميل أن يمنع التأخر ويقول أخاف أن يفلس فليس له التأخير قال ابن القاسم في المدونة الأرسى يسقط الجمالة وقال غيره في المدونة اذا أخر الغريم وهو موسر تأخرنا فينا فقد سقطت الجمالة عن الجميل وان كان الغريم معسراً فله أن يقوم على الكفيل وأن يقف عنه وجه قول ابن القاسم ان تأخر الغريم لا ينافي جماله الجميل فليس فيه دليل على ابراء الجميل ولا يكون تأثيره في اسقاط الحق عن الجميل أكثر من تأثيره في اسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بذيهمما ووجه قول الغير انه لما لم يلزم الجميل تأخير الغريم كان الظاهر من تأخير ابراء الجميل والله أعلم (فرع) ولو علم الجميل بتأخير منته الجمالة فان لم يعلم بذلك حتى حل الأجل حلف الطالب ما أخره لبرى الجميل وتثبت له الجمالة قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ان ترك الاعتراض من الجميل في تأخير رضاه فان لم يعلم بذلك واحتمل تأخير الطالب للغريم الذي لا يلزم الجميل تجويزه أن يرده ابراء الجميل كان على الطالب اليمين انه لم يرد به ابراءه وانما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقاً بحالة الجميل (مسئلة) ولو أخر الطالب الجميل فذلك تأخير للغريم الا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً فان نكسك لزمه التأخير لانه لو وضع عن الجميل الجمالة لكان له أن يتبع الغريم قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ما لزمه من اليمين ان تأخير الجميل محتمل لتأخير الغريم له فلزمته اليمين انه ما أراد ذلك ولا قصد

(الباب السادس في قضاء الحق)

فان دفعه الغريم برى وبرى الجميل وان دفعه الحميل برى من مطالبة صاحب الحق وكان له مطالبة الغريم فان كان أدنى عنه مثل ما عليه رجع بمثله وان كان ادى عنه غير ما عليه مثل أن يكون

الدين دنانير فيدفع عنه الحميل دراهم فان ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضى
 الصرف وأما بعد الأجل ففي كتاب ابن المواز ان ذلك جائز وفيه أنه غير جائز واليه يرجع ابن القاسم
 وهو قول أشهب وأصحابه وجه القول الأول ان ما بين الطالب والغريم قد صح بانحاذ المصارفة لان
 ذلك متعلق بذمته كالذى كان له عليه الدين ووجه القول الثانى بالمنع ما احتج به محمد بن ان الغريم
 يكون مخبراً بان أن يدفع ما كان عليه أو ما دفع عنه فيدخله الخيار في الصرف وفسخ دين في دين والله
 أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بالجواز فقد قال ابن القاسم لا يؤخذ من الغريم الدنانير ولكن
 يخرج الغريم الدنانير ثم يشتري بها دراهم فان نقصت لم يكن للحميل غير ما وان زادت فليس له
 الفضل وكان ابن القاسم يقول الغريم مخير ان شاء دفع الدنانير أو الدراهم ثم رجع فقال هذا حرام
 بين الحميل والغريم وقاله أشهب وجه القول الأول ان عمل الكفيل مع صاحب الحق اذا حكمنا
 بصحته وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير لانه تأخير في الصرف فوجب أن يصح بأن
 يخرج الغريم ما كان عليه فلا يفسد من جهته شيء ثم يشتري للحميل من جنس ما أدى فان كان
 فيه نقص فهو الذى أدخله على نفسه وان كان فيه فضل لم يكن له لان ما دفع عنه انما هو سلف أسلفه
 اياه فلا يأخذ أكثر منه ووجه القول بالتخير ان هذا تخيير ثابت بالشرع فلا يبطل الصرف بتخير
 من وجد في عوض الصرف زائفا فانه مخير بين أن يرد المعيب أو يمسك ولا يمنع صحة ذلك الصرف
 (فرع) فان قلنا برؤية المنع فلا يجوز أن يصلح الكفيل طالب الحق اذا كان الدين دنانير بدراهم
 ولا شيء مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء الا بالجزأى منه أو بما يرجع الى القيمة من حيوان أو عرض
 أو غير لانه فيما يكال أو يوزن يرجع الى أن يكون الغريم مخيراً ومعنى ذلك انه يدخله الخيار في فسخ
 الدين في دين وذلك غير جائز وأما ما يرجع الى القيمة فانه يقوم بجنس الدين فلا يدخله تخيير ولا
 فسخ دين في دين (مسألة) ومن تحمل بمال لرجل الى أجل فبات الحميل قبل الأجل في المدونة
 لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله قال في المدونة وان كان الغريم ملياً حاضراً فليس لورثته أن
 يأخذه من مال الغريم قبل الأجل وقال ابن الماجشون لا يحل الحق بموته ولكن يوقف من ماله
 بقدر الدين وجه القول الثانى انه جميل فلا تطلب تركته بالدين لموته اذا كان الغريم حاضراً ملياً
 أصل ذلك اذا مات بعد الأجل (فرع) ولومات الحميل مفلساً فان لصاحب الحق أن يحاص الغرماء
 في ماله قاله ابن القاسم في المدونة وجه ذلك أنه يحل الدين بموته فوجب أن يحاص الغرماء في ماله
 كالغريم (مسألة) ولومات الحميل عند الأجل أو بعده فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية
 ههنا يبدأ بالغريم فان كان غائباً أو عديماً أخذ من مال الحميل وجه ذلك انه قد كان له أن يطالب
 الغريم فلم يكن له أن يطالب الحميل وانما له مطالبة الحميل اذا لم يكن له مطالبة الغريم (مسألة)
 ولومات الغريم قبل الأجل فللطالب أن يتعجل حقه من ماله وان لم يكن له أن يطالب به الحميل حتى
 يحل الأجل قال ابن القاسم في المدونة وجه ذلك ان الدين يحل بموت من يتعلق بذمته فان طلب
 من الغريم روعيت حاله في أخذه منه بموته وان طلب من الحميل روعيت حاله فلا يحل بموت غيره كما
 لومات الحميل قبل الأجل فانه لا يكون ذلك سبباً لمطالبة الغريم والله أعلم وأحكم
 (فصل) اذا ثبت ذلك فترجع الى تقسيم لفظ مسألة الأصل وهو قوله فان هلك الحميل أو أفلس فان
 الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول يريد انه ان مات مفلساً أو أفلس مع بقاء حياته لان حقه لم ينتقل

عن ذمة الغريم بالحالة وانما أخذ الجميل وثيقة لحقه كالرهن ففلس الجميل بمنزلة ضياع الرهن والله أعلم
وجه ذلك أن موت الجميل مع كونه عيبا لا يوجب رجوع الطالب على الغريم بل له على قول ابن
القاسم أن يتعجل من ماله ديننا وعلى قول ابن الماجشون يوقف من ماله بقدر الدين فحكم الحالة باق
على القولين والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله يرجع على غريمه الأول لفظ الرجوع يقتضي ظاهره أنه قد كان تعلق بمطالبة الجميل
أولا وأنه كان له ذلك وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الأول أن له أن يبدأ بمطالبة الجميل أن
شاء فان مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفي منه كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم ومنها إذا باع
من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم ومنها أنه إذا باع من الغريم وأخذ
منه حبيلا وشرط أن له أن يأخذ أيهما شاء فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية أن له ذلك
وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك في العتبية والموازاة فعلى هذا أيضا أن مات الجميل أو أفلس
كان له الرجوع إلى مطالبة الغريم ويحتمل أيضا أن يريد به أن الغريم كان مفلسا فأنثر مطالبة
الجميل فلما تعذر الاستيفاء من جهته رجع إلى اتباع الغريم في ذمته بما بقى عليه ويحتمل أن يريد
بقوله يرجع على غريمه معناه يبقى حقه ثابتا على غريمه لا يبطل بموت الجميل بخلاف الحوالة التي
تبطل حقه بموت المحال عليه ولا يكون له مطالبة الجميل والله أعلم أي ذلك أراد

﴿ القضاء فيما ابتاع ثوبا وبه عيب ﴾

ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالك يقول إذا ابتاع الرجل ثوبا وبه عيب من حرق أو غيره قد علمه البائع
فشهد عليه بذلك أو أقر به فأحدث فيه الذي ابتاعه حدثا من تقطيع ينقص ثمن الثوب ثم علم المبتاع
بالعيب فهو رد على البائع وليس على الذي ابتاعه غرم في تقطيعه إياه ﴿ ش وهذا على ما قال أنه
أن أحدث المبتاع بالثوب حدثا من تقطيع أو غيره ثم أطلع على عيب كان عند البائع فلا يخلو أن
يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره في المسئلة أو لم يدلس به فان كان دلس به فلا يخلو أن يكون
ما أحدثه فيه المبتاع ماجرت العادة به وما يشترى غالبه أو يحدث فيه ما لم تجر العادة بمثله فاما القسم
الأول في تقطيع ماجرت به العادة في مثله من الثياب فما أحدث المبتاع من هذا مما ينقص المبيع
فلا مبتاع أن يرجع بجميع الثمن ولا يرد ما نقص ذلك المبيع ولو قطعه على غير ماجرت به عادة مثل ذلك
الثوب مثل أن يكون ثوب وشي رقيق فيقطعه جوارب أو رقعا فهذا لا يرد على المدلس لانه قد فات
بذلك من الفعل ويرجع بما نقصه قاله ابن القاسم في المدونة وذلك أن البائع قد علم أن المبتاع يتصرف
في المبيع التصرف المعتاد فاذا أسامه إليه على وجه التملك مع ما دلس به من العيب فقد أذن له في
ذلك فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل ولم يأذن له في التصرف الذي ليس بمعتاد فلذلك يلزم من
فعله (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن أقر المبتاع بالتدليس أو قامت البيينة بأنه كان عالما بالعيب عند
المبيع فلا مبتاع رده وأخذ جميع الثمن وهل له أمسا كه والرجوع بقيمة العيب قال ابن القاسم له ذلك
وقال ابن المواز ليس له ذلك إذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطع فان كان صناعة كالصبغ والخياطة
كان له ذلك لأن له أن يمتنع من تسليم صناعته وحكى ذلك عن أصبغ ووجه ما قاله ابن القاسم أن
العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصناعة وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث
ووجه قول ابن المواز للمبتاع رد المبيع دون غرم فلم يكن له أمسا كه والرجوع بقيمة المبيع إذا لم يكن

﴿ القضاء فيما ابتاع

ثوبا وبه عيب ﴾

﴿ قال يحيى وسمعت مالك

يقول إذا ابتاع الرجل

ثوبا وبه عيب من حرق

أو غيره قد علمه البائع

فشهد عليه بذلك أو أقر

فأحدث فيه الذي ابتاعه

حدثا من تقطيع ينقص

ثمن الثوب ثم علم المبتاع

بالعيب فهو رد على البائع

وليس على الذي ابتاعه

غرم في تقطيعه إياه

فيه غبن فوته أصل ذلك اذ لم يحدث عنده عيبا (مسئلة) فان ادعى المبتاع على البائع التدليس وأنكره البائع وادعى النسيان ولم يتم بينه بشئ من ذلك فقد قال ابن القاسم يحلف البائع على ما قال ويخير المبتاع بين أن رد المبيع وقية العيب الحادث وأخذ الثمن أو يمسك المبيع ويرجع بقية العيب القديم وروى ابن الموازع عن مالك لا يحلف البائع حتى يخير المبتاع فان اختار الرجوع بقية العيب لم يحلف البائع اذ الفائدة في استخلافه في حاله في الرجوع بقية العيب في التدليس وغيره حالة واحدة عنده من يرى التخير ثابتا في التدليس وان أراد الرد استحلف البائع فان حلف رد المبتاع مع المبيع قية العيب الحادث وجه قول ابن القاسم بتقديم اليمين ان التخير لا يثبت الحكم به الا بعد اليمين وأما قبل اليمين فحكم التدليس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخير وقد تقدم ذكره فاذا حلف بطل حكم التدليس ولزم الحكم بالتخير ووجه قول مالك ان التخير ثابت بمجرد العيب الحادث ولا معنى لليمين الا اثبات قية العيب الحادث على المبتاع وانما ذلك في الرد فاذا لم يختر الرد فلا معنى لهذه اليمين لانها غير مؤثرة في الامساك والرجوع بقية العيب القديم وهذا القول أجري على قول ابن القاسم في اثبات التخير مع التدليس وقول ابن القاسم في هذه المسئلة أجري على قول ابن المواز وأصبغ في اسقاط حكم التخير مع التدليس وانما ألزم المدعى النسيان اليمين لانه يمكن أن يكون عالما بالعيب عند البيع فاذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينكره لزمته اليمين والله أعلم وأحكم ص **قال مالك** وان ابتاع رجل ثوبا به عيب من حرق أو عوار فزعم الذي باعه أنه لم يعلم بذلك وقد قطع الثوب الذي ابتاعه أو صبغه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص الحرق أو العوار من ثمن الثوب و يمسك الثوب فعل وان شاء أن يغرم ما نقص التقطيع أو الصبغ من ثمن الثوب و يرد فعل وهو في ذلك بالخيار فان كان المبتاع قد صبغ الثوب صبغا يزيد في ثمنه فالمبتاع بالخيار ان شاء أن يوضع عنه قدر ما نقص العيب من ثمن الثوب وان شاء أن يكون شريكا للذي باعه الثوب فعل وينظر كم الثوب وفيه الحرق أو العوار فان كان ثمنه عشرة دراهم و ثمن ما زاد فيه الصبغ خمسة دراهم كانا شريكين في الثوب لكل واحد منهما بقدر حصته فعلى حساب هذا يكون ما زاد الصبغ في ثمن الثوب **ش** وهذا على ما قال ان المبتاع اذا وجد بالثوب عيبا دلس به البائع بعد از أحدث فيه المبتاع صبغا زاد في ثمنه فان المبتاع يخير بين أن يمسكه ويرجع بقية العيب على ما تقدم في كتاب البيوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه معيبا غير مصبوغ ثم يقومه تقويمه ثانيا مصبوغا فيكون المبتاع شريكا بما زاد الصبغ في قيمته وهذا معنى ما في المدونة عن ابن القاسم ورواه داود بن سعيد بن زبيد عن مالك في المدينة وزاد فيها أنه شريك بما زاد الصبغ والبائع شريك بثن ثوبه معيار يدينه وحكى عن الشيخ أبي بكر انه قال يعتبر بقيمة يوم الحكم (فرغ) قال في هذه المسئلة يكون شريكا بما زاد الصبغ في قيمة الثوب وقال فحين اشترى ثوبا بصبغه واستحق من يده وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه انه يكون شريكا بقيمة الصبغ قال الشيخ أبو محمد عبد الحق الفرق بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد فيشارك والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة فلذلك اختلفا **قال القاضي أبو الوليد** رحمه الله وهذا عندى ليس بالبين لان من بيده الثوب لا يجبر على المشاركة اذا رضى بدفع ثمن الثوب كالذى يجد العيب اذا رضى بامضاء البيع لم يجبر على المشاركة فلا فرق بينهما من هذا الوجه والأظهر عندى في الفرق بينهما انه انما ثبت له قيمة في الشركة ما كان لصاحبه أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته اليه

فتثبت له تلك القيمة في الشركة فلما كان في مسئلة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله ويخرجه تشاركاً عند الابانة بقيمة الصبح وقيمة الثوب ولما كان في مسئلة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع إلى المشتري قيمة صبحه ويخرجه عنه لم تثبت للصبح قيمة بانقراضه وانما تثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه لأن اللبائع أن يدفع إليه عوضه ويخرجه عنه وذلك أن المشتري ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصاً عما اشتراه فلو شاركه بقيمة الصبح وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قد رد إليه ثوبه ناقصاً بالنقص الذي أحدث فيه بالصبح ولم يرد إليه ذلك النقص فلذلك جبره بالصبح وشارك بما زاد الصبح على قيمة الثوب والله أعلم وأحكم

﴿ ما لا يجوز من النحل ﴾

صح **﴿ يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهم ما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال أن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنى نحللت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه ﴾** ش قوله أن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنى نحللت ابني هذا غلاماً النحل العطية ومعنى نحللت أعطيت ويحتمل من جهة اللفظ أن يكون أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتيه في جواز ذلك ويحتمل أن يكون أتى به ليشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ذلك وقد ورد هذا من رواية حصين بن عامر عن الشعبي عن النعمان بن بشير أعطاني أبي عطية فقالت عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنى أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية فأمرني أن أشهدك يا رسول الله قال أعطيت سائر ولدك مثل هذا قال لا قال اتقوا الله واعملوا بين أولادكم قال فرجع فرد عطية

(فصل) وقوله فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا استفهام عن صفة هذا النحل إذ كان منه ما ينه عن الشرع ومنه ما يبيحه فاستوصف عن صفته ليعلم أن المباح هذا أو من الممنوع ليبين له حكم القسمين أولاً أمره بارتجاع الممنوع أو أمضاء المباح فله أن قال له بشير لا وبين أنه لم ينحل سائر بنيي على مثل ما نحل هذا وذلك أن يكون قد نحل سائر بنيي أقل مما نحل هذا أو لم ينحلهم شيئاً أو نحل بعضهم دون بعض فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه يريد إبطال النحل وارتجاعه من ابنه المنحول إلى ملك الناحل ويحتمل أن يكون أنما جوز ذلك صلى الله عليه وسلم لما علم أن الهبة كانت هبة يجوز للواهب اعتصارها فلما كانت مكرهة غير شرعية وكانت على وجه يجوز ردها لأنها لم تغت بماتقوت به الهبات ويمنع الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك ردها وكذلك كل ما منعه الشريعة رد ما لم يفت وإلى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن مزين عنه ويحتمل أيضاً وجه آخر وهو أن يكون ما تصدق به بشير على ابنه كان جميع ماله وقد اختلف قول مالك في ذلك فروى ابن شهاب في العتبية والموازبة عن مالك في الحديث الذي جاء في الذي نحل ابنه عبداً له فقال النبي صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال فارتجعه قال مالك أن ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره فقلت له فإن لم يكن له مال غيره أريته قال إن ذلك ليقال وقد قضى به

﴿ ما لا يجوز من النحل ﴾

حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف وعن محمد بن النعمان بن بشير أنهم ما حدثاه عن النعمان بن بشير أنه قال أن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنى نحللت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه

في المدينة وقال عنه ابن القاسم في العتبية من تصدق بماله كله على بعض ولده لأراه جائزا. وقال
سحنون في العتبية إذا تصدق بكل ماله ولم يكن فيما أبقى منه ما يكفيه ردت صدقته وإن كان في ماله بقى
ما يكفيه لم يرد وقال مالك في العتبية والموازية يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله في صحته وقد فعله
أبو بكر الصديق وقال ابن القاسم من تصدق بماله كله على بعض ولده أكرهه فإن فعل وحيزت عليه
لم ترد بعد وقال أصبغ وابن المواز لا يرد وجه القول الأول ظاهر الحديث وأنه يحل بعض ولده
فأمره برده وقد حمل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهية فروى عنه ابن مزيه أنه قال إنما أمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم باسترجاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض فقال ارتجعه وأهل
العلم يرون ذلك جائزا في القضاء لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يفسخه وإنما ندبه إلى ذلك وإلى
هذا ذهب القاضي أبو محمد أنه يكره للإنسان أن يعطي بعض ولده جميع ماله واحتج بحديث النعمان
ابن بشير وجوز أن يعطيه بعض ماله واحتج بحديث أبي بكر إذا قال لابنته عائشة إني كنت محللك
جادعشرين وسقا قال والفرق بينهما أنه إذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة لأنه قد بقي ما يعطى
الباقين وإذا أعطى الكل لم يبق ما يعطى الباقين فنبتت الأثرة وأدى ذلك إلى العداوة والبغضاء
قال فان وقع ذلك وهب أحدهما الكل نفذ وإن كان مكرها خلافا لأحمد بن حنبل وقد تقدم
الكلام في ذلك * قال القاضي أبو الوليد وعندي أنه إذا أعطى البعض على سبيل الإيثارة مكره
وإنما يجوز ذلك ويعرى من الكراهية إذا أعطى البعض لوجه من جهة يختص بها أحدهم أو
غرامة تلزمه أو خير يظهر منه فيخص بذلك خبرهم على مثله والله أعلم فاذ قلنا بالرد فتأويل الحديث
ظاهر وهو من جهة المعنى قال بعض البغداديين من أجبنا أن الإنسان ممنوع من ماله لحق نفسه
كما هو ممنوع من خلق غيره فنع من اتلافه حق الوارث والزوج فبان يمنع من خلق نفسه أولى وإن
قلنا بامضاء ذلك فيحتمل أن يرد بالحديث رد عطية إلى العدل بين ولده بأن يعطيهم مثل ما أعطاه
ويحتمل أن يريد به أنه لم يكن انعقدت العطية بعد وإنما أرادها فلما علم بما فيها رجع عن أمضاها
وردا العطية إلى بقائها على ملكه ويحتمل أن يكون كان أعطاه ابنه على حكم الوصية فأمره بنقض
ذلك لأنه لا وصية لو ارث ويحتمل أن يكون كان أعطاه إياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه من
النفقة عليه لمدة تأول لم يعط سائر ولده مثل ذلك لذلك الوجه ولا غيره إيثارة عليهم فلما أمره النبي
صلى الله عليه وسلم أن يعدل بينهم رد ذلك البيع ورأى في رده السداد لا يئنه والله أعلم أي ذلك كان
ويحتمل أن تكون هذه الهبة لم تبق بيده ما ينفق على نفسه ولا على ولده ولعله بعد كانت عليه نفقات
تعلقت بدمته فيمنع ذلك العدل بينهم ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة
زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت إن أبا بكر الصديق كان نحلها جادعشرين وسقا من ماله
بالغابة فمما حضرته الوفاة قال والله يابنية ما من الناس أحد أحب إلى غنى بعدى منك ولا أعز علي
فقر بعدى منك وإن كنت نحلكت جادعشرين وسقا فلو كنت جددت به واحتزته كان لك وإنما هو
اليوم مال وارث وإنما هما أخوالك وأختاك فاقسموه على كتاب الله تعالى قالت عائشة فقلت
يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فبن الأخرى فقال أبو بكر ذو بطن بنت خارجه
أراها جارية * ش قولها إن أبا بكر كان نحلها جادعشرين وسقا من ماله بالغابة الحديث يقتضي
أنه خصها بالنحلة دون سائر أخواتها ورأى ذلك جائزا له وإن كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قال لبشير
في ما وهب لابنه النعمان أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال أرجعه فيحتمل أن يكون أبو بكر تأول

* مالك عن ابن شهاب
عن عروة بن الزبير عن
عائشة زوج النبي صلى
الله عليه وسلم أنها
قالت إن أبا بكر الصديق
كان نحلها جادعشرين
وسقا من ماله بالغابة فلما
حضرته الوفاة قال والله
يابنية ما من الناس أحد
أحب إلى غنى بعدى منك
ولا أعز علي فقر بعدى منك
وإن كنت نحلكت جاد
عشرين وسقا فلو كنت
جددت به واحتزته كان
لك وإنما هو اليوم مال
وارث وإنما هما أخوالك
وأختاك فاقسموه على
كتاب الله قالت عائشة
فقلت يا أبت والله لو كان
كذا وكذا لتركته إنما هي
أسماء فبن الأخرى فقال
أبو بكر ذو بطن بنت
خارجه أراها جارية

في حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التي قدمناها في تفسيره وان نحلته لعائشة رضي الله عنها لم تكن على شيء من ذلك وانما كان لفضل عائشة على سائر اخوتها ولذلك قال لها ليس أحد أحب الى غني بعدى منك وفي العتية عن مالك في الرجل يكون له الولد فيبره بعضهم فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره لأبأس بذلك

(فصل) وقوله من ماله بالغابة الغابة موضع وذلك يقتضي صحة الهبة وان لم يقتصر بها قبض وانما تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب قد وهبته لك وفي الصدقة قد تصدقت به عليك وقول الموهوب له أو المتصدق عليه قد قبلت وأن يؤخر القبض فيلزم ويجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافاً لابي حنيفة والشافعي في قولهما لا تنعقد الهبة الا بالقبض والدليل على ذلك قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ومن جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى انه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده الى القبض كالبيع

(فصل) وقوله فاما حضرته الوفاة قال يابنية والله ما من الناس أحب الى غني بعدى منك يريد ان يدا له مرض من مرضه الذي توفي منه وأحس من أسباب الموت ما يتيقن به الوفاة قال لها القول المتقدم على سبيل التأنيس لها والاعلام لها بانه لا يمنع من امضاء هبته لها عدم اشفاقه عليها ومحبتها لها وانما يمنع من ذلك ما يذكره بعد هذا وقوله أحب غني بعدى منك يحتمل أن يريد بقوله بعدى بمن يخلفه بعد الموت ويحتمل أن يريد في حياته ويكون معنى بعدى غيري

(فصل) وقوله جادعشرين وسقاً قال عيسى بن دينار معناه جادعشرين وسقاً من تمر نخله اذا جد وقال ثابت قوله جادعشرين وسقاً يعني ان ذلك يجدها ويصرم قال الأصمعي يقال هذه أرض جاد مائة وسق يريد أن ذلك يجدها فعلى تفسير عيسى قوله جادعشرين وسقاً صفة للثمرة الموهوبة فتقديره وهبها عشرين وسقاً محدودة وعلى تفسير ثابت قوله جادعشرين وسقاً صفة للنخل التي وهب ثمرةاتها وهباً ثمرة نخل يجدها عشرين وسقاً والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فلو كنت جددتني واحتزيتي لكان لك يقتضي ان الحيازة والقبض شرط في تمام الهبة وأنهما لم تجز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة فان كانت هبة الثمرة على الكيل فان الحيازة لا تكون فيها الا بالكيل بعد الجدد ولذلك قال له لو كنت جددتني وحزيتي وان كان وهباً ثمرة نخل معينة فالحيازة فيها على ما يأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وقد اختلف قول مالك فيمن تصدق بشيء في صحته ثم مرض فقام المعطي يطلبه قال ابن المواز فيه اختلاف فروى ابن القاسم عن مالك ان قبضه الآن لا يجوز وان كان غير وارث واحتج بان أبا بكر لم يعط ذلك عائشة لما مرض وقال أشهب يقتضي له الآن بثلاثها وان صح له بباقيها ولا يرى قول من قال تجوز كلها من الثلث ولا قول من أبطل جميعها وجه قول ابن القاسم أن المريض يمنع الحيازة لأنه من أسباب الموت منع الموت الحيازة لا نه يؤدي الى ابطال حق الورثة في تصدق الرجل بماله ويبقى بيده اذا توفي أخذ جميعه المتصدق عليه فذبح ذلك ما أوجب الله من الموارث فوجب أن يبطل ولما كان المريض من أسباب الموت وجب أن يمنع الحيازة كما يمنع الموت وفي ذلك بابان أحدهما ما يكون حيازة والثاني ما يمنع الحيازة فأما الحيازة فلا تخلو أن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه فان كانت حاضرة فلا يخلو أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالارضين والاصول الثابتة أو يكون مما ينقل كالعروض والحيوان فان كانت مما لا ينقل ولا يحول كالارضين فانها على ضربين أحدهما أن يكون من الارض التي لا عمل فيها

والثاني أن تكون من أرض المزارعة والعمل فأما الضرب الاول فقد قال أصبغ في كتاب ابن حبيب
 الاشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة فكالدين والشئ المهمل ووجه ذلك انها عطية كل فيها العقد اللازم
 وليست في يد المعطى ولا في يمينوب عن يده فلم تفتقر الى مباشرة القبض كالدين (مسئلة) وأما ان
 كانت من أرض الزرعة فلا يخلو أن تكون الهبة في غير ابان العمل أو في ابان العمل فان كانت في
 غير ابان العمل أجزأ منها أن تكون محدودة وفي كتاب الهبة ويشهد بتسليمها اليه وأتم من ذلك أن
 يقف بالينة على حدودها ويشهد مع ذلك على قبضها قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب
 وقدرى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام الحرث وأشهد
 على الحيازة ثم مات بعد ذلك بنحو شهر ولم يتحدث المرأة فيها حدثا ولا غيره ان كان لها عذر بين مثل ان
 يفجأ موته قبل ان يتمكنها عمل أو اجناء شجرا أو احياء أو غرس أو اصلاح أو نحو ذلك فالصدقة ماضية
 ووجه ذلك انه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة فأشبهت ما لا يعمر من الارض (فرع) وهذا انما
 يكون حيازة في مثل هذه الارض اذا فانت حيازتها المختصة بها بموت الوارث أو مرضه مرض الموت
 فأما ان بقي الواهب حتى يموت وقت عملها فلم يعملها للموهوب له ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب
 فان الهبة تبطل رواه ابن حبيب عن أصبغ ووجه ذلك ان ما لا ينقل ولا يحول فان الحيازة له
 بالعمل فيه اذا أمكن بالحيازة في أرض العمل فيها في ابانها فاذا جاء ابان عملها وترك الموهوب له العمل
 فيها فقد ترك حيازتها (فرع) فان تعرض الموهوب له للعمل فنعى الواهب لم يبطل ذلك
 الحيازة قاله أصبغ لان الذي أمكنه من الحيازة تعرض للعمل وقد وجد منه فاذا منع من العمل
 مانع بيد غالبة فهو على هبته الا أنه يجب أن يكون من الطلب والسعي في التمكن من العمل على حالة
 يعلم بها أنه غير تارك للعمل (فرع) فان منعه من العمل ضعف فلا يخلو أن يكون ضعيفا عن
 البقر والآلة مع التمكن من أن يكرى أو يساقى أو يرفق غيره أو يكون عجز عن وجوه العمل كلها
 فان كان لضعف في الآلة مع التمكن من العمل بالكرا والالاكثر أو المساقاة والارفاق وحياء
 الشجر فالصدقة تبطل بالموت وأما ان عجز عن العمارة بكل وجه وتعرض لها بوجه من الوجوه
 المدكورة فلم يصل اليها فان الصدقة ماضية والاشهاد يجزى في هذا الحوز ولو أقامت أعواما والموهوب
 له يعرضها على هذه الوجوه فلا يجتمع الاجتهاد في ذلك فالحيازة بالاشهاد تامة روى معنى ذلك يحيى
 ابن يحيى عن ابن القاسم وقاله أصبغ وزاد ما لم ينتفع بها المتصدق (مسئلة) ولو وهبه نخلا هبة
 مطلقة وفيها ثمرة قدام بر فالثمرة للواهب كالبيع وحوز الموهوب له قبض النخل والسقي في مال الواهب
 وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يسقياها العشر سنين فقد وهبها بعد عشر
 سنين فان مات قبل ذلك ألحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن المواز ووجه ذلك ان القبض شرط
 في تمام الهبة فان مات قبل القبض بطلت الهبة وان أسلم اليه النخل يعمرها المعطى وتكون الثمرة
 للمعطى صح القبض وكملت الهبة والله أعلم (مسئلة) ومن وهب مافي بطون غنمه أو أمته فحاز
 المعطى الأمهات حتى تضع فتلك حيازة تامة كالنخل يهبه الثمرة قبل بدو الصلاح فيحوز الرقاب قاله
 ابن القاسم وكذلك صوف الغنم ولبنها قال أصبغ وان حازها المعطى فذلك نافذ ولدت بعد موت
 المعطى أو قبل ذلك وليس للوارث بيعها في دين الميت ولا ادخالها في القسم حتى تضع وقاله أشهب
 في الصوف والدين والثمرة قال وأما الأجنة فلا تتم الحيازة فيها الا بعد الولادة لان العتق فيه لا يجوز قبل
 الولادة وقد تباع أمه قبل ذلك في الدين المستحدث بخلاف الثمرة والزرع فان الثمر يرهن ولا يرهن

الجنين وجه قول ابن القاسم انه نماء حادث في العين ينفصل منه فكملت العطية فيه بقبض الأصل كالصوفى والثمرة ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه ان العتق أقوى من الهبة لانه مبني على السراية فاذا لم يتعجل العتق في الجنين قبل الولادة فبان لاتتعجل فيه الهبة أولى وأحرى وفي المدونة عن ابن القاسم في الذي يهب للرجل ما تلد جارية عشرة ين سنة ان ذلك جائز اذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حازله كالنخل يهب ثمرتها (مسئلة) وأما هبة ثمر النخل فتجوز قبل الابار وبعده معنى ذلك ان هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله وكذلك الحيازة اذا أسلم الرقبة وفي المدونة عن مالك في الذي يهب ثمرة نخله عشرة ين سنة ان ذلك جائز ان حاز الموهب له النخل أو جعلت على يده من يجوز هاله وقد قال مالك في المدونة يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرة ين سنة اذا حاز الموهب له النخل أو حيزته ووجه ذلك أن قبض النخل أكثر مما يمكن من حيازتها وليس للواهب أن يمتنع من تسليمها (فرع) فان كانت العطية على وجه العرية لا يباحول المعري عملها ولا الانفراد بها فقد روى ابن حبيب في العرية لا يصح حيازتها بالاجتماع أمرين أن يطلع فيها ثمره ويقبضها المعري فان عدم أحد الأمرين قبل موت المعري بطل الاعراء وقال أشهب تجوز الحيازة بوجود أحد أمرين الابار أو تسليم العطية ومعنى ذلك ان المعري انما أعطى الثمر على هذا الوجه عطاء مؤجلا لا يقتضى اخراج الأصل عن يده ولا قبض الثمرة الا بعد بدو الصلاح ولذلك كان العمل على المعري ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيازة لان عطيته لم تكن على هذا الوجه فان سلمها على قول ابن حبيب الى المعري صححت الحيازة بعد أن تظهر الثمرة لانها لم تتضمن عطية قبل وجودها فاذا وجدت وتبرع بالتسليم صححت الحيازة وكملت العطية ويجوز على قول أشهب الابار لانه به تظهر الثمرة ودخوله وخروجه عندي حيازة فالخلاف بين أشهب وابن حبيب في فصلين أحدهما ان عدم التأير عند أشهب يمنع الحيازة وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيازة مع ظهور الطلع لأنه عند نفس الثمرة وانما هذه حالة من أحوالها والوجه الثاني ان ابن حبيب يراعى مع كون الثمرة على صفة يصح حيازتها أن يوجد قبضها القبض الأصل ولم يشترط ذلك أشهب غير انه قد احتج لصحة ذلك بأن قال ان دخول المعطي وخروجه حيازة فرجع الأمر الى أن هنالك نوعا من القبض به تكون الحيازة وظاهر قول ابن حبيب أيضا انها تقتضى حيازة فيحصل أن يجزى في ذلك بما ذكره أشهب من الحيازة ويحتمل أن لا ينفذ ذلك للمعري الا بقبض الثمرة مع الأصل في حيازة المعري والله أعلم (مسئلة) وان كانت الهبة من الدو ولا تخلو الدار أن يكون الواهب يسكنها أو لا يسكنها فان كانت يسكنها فلا تصح فيها حيازة الا باخلاء الواهب لها اذا لم يكن فيها فضل عن سكنائه قال مالك في العتبية وان كانت الدار ذات منازل يسكن في بعضها حيزت كلها قال وذلك ان عبد الله بن عمرو بن عبد الصاحب النبي صلى الله عليه وسلم حبس اذار ين لها فسكنها فيها حتى ماتوا ولم يكن ذلك جلهما فحازا ما سكنوا وما لم يسكنوا قال ابن القاسم ولو كانت دورا فسكن واحدة منها ليست جلهما وهي تباع حاز منها ما سكن وما لم يسكن سواء كان المحبس عليه صغيرا في حجره أو كبيرا حاز لنفسه (مسئلة) ولو بقي فيها باكثر أو أرفاق أو أعمار أو أى وجه كان فان عيسى روى عن ابن القاسم في العتبية ذلك يمنع صحة الحيازة لانه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكني الواهب لها الآن تكون الواهبة زوجة الموهب له فيتمادى على السكنى معها فياروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية فان ذلك لا يمنع صحة الحيازة ولو كان الزوج الواهب للزوجة فيتمادى على السكنى معها فانها بمنزلة ذلك صحة الحيازة لان سكنها على الزوج

دون الزوجة فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس بيد لها وإنما اليد للزوج في المسكن فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها ومثل هذا أن يخاف الواهب فيختفي عند الموهوب له في تلك الدار أو يضيفه الموهوب له فيمرض فيها ويموت فان ذلك لا يبطل الحيازة قاله ابن المواز زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم لان هذا ليس بسكنى في الحقيقة (مسئلة) فان رجع اليها على وجه السكنى باكثر أو ارافق فان كان رجع اليها بعد المدة القريبة مما يرى انه قصد الى أن لا يخرج منه فاتفق أصحابنا على ابطال الصدقة وأما بعد طول المدة فالذى روى ابن المواز عن مالك وأصحابه انه اذا سكنها بعد ان حازها المعطى السنة فأكثر فان ذلك لا يبطل الهبة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا رجع اليها المعطى باكثر أو اسكن بعد حيازة المعطى المدة الطويلة ومات فيها فان الصدقة تبطل وجه القول الأول ان المعطى اذا كان مالك أمره وحاز لنفسه حيازة بينة تبعد فيها التهمة فقد حلت الهبة وكملت فلا يضرها ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطى وجه قول ابن الماجشون ان رجوع الواهب فيها وهب بما كان عليه من السكنى وموته فيها على ذلك يبطل الحيازة أصل ذلك اذا كان الموهوب له صغيرا أو أمان كان الابن صغيرا لحاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب اليها قبل أن يكبر او يحوزون لأنفسهم سنة فهي باطلة قال ابن المواز لا يختلف في ذلك قول مالك وأصحابه وجه ذلك ان الكبير الحائز لنفسه بقدر على منع الأب الواهب من ذلك فلا يدر جوعه اليها رجوعا في هبته والصغير لا يقدر على ذلك وليست حيازة الأب حيازة تامة لانه قديطراً الفساد فلذلك تبطل الهبة رجوع الأب اليها (مسئلة) فاما ان كان لا يسكنها الواهب فحكمها حكم الأرضين غير انها تختص بالعلق والقفل عليها فان فعل ذلك الحائز فيها فهو تمام الحيازة لها وقد روى يعنى بن يعنى عن ابن القاسم فممن تصدق على رجل بدار فدفعت مفتاحها اليه وبرى منها ان تلك حيازة وان لم يسكنها المعطى ولا أسكنها وان لم يفعل ذلك فقد أجمع أصحابنا على أن حيازة الأب الواهب ابنه الصغير فيها بالاشهاد خاصة وذلك عندى بما يتعلق به من السكنى بالاكثر أو الانتفاع الدائم بها ولو كانت مهملة غير مغلقة ولا ينتفع بها في كراء ولا غيره لرأيت ان حكمها حكم الأرض التي لم تزرع في ابا ن زراعتها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول فان الحيازة فيه بان قبضه المعطى ويخرجه عن يد المعطى وانتفاعه به فان كان ثوبا منع المعطى من بهه وانفرد المعطى بلبسه وامساكه وان كان من المتاع الذي يستعمل والرفيق الذي يستخدم فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفر دبه ولو وهب أحد الزوجين الآخر خادما أو متاعا من متاع البيت فقدر روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية فممن تصدق على امرأته بخادم وهي معه في البيت تخدمها بحال ما كانت فذلك جائز وقال ابن المواز عن ابن عبد الحكم وابن القاسم عن مالك وكذلك متاع البيت وبه أقول وقال أشهب في الكتابين اذا شهد لها بهذه الخادم فتكون عندها كما كانت في خدمتها فهذا الى الضعف وما هو بالبين وكذلك لو وهبته هي خادما ومتاعا في البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهم ما فهو ضعيف وجه رواية ابن القاسم ان المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة لما كان له حظ من اليد في ذلك المكان وتصرفه في الايثار المعطى بخلاف الدار ان سكنت الزوجة فيها على الوجه الذي يلزم الزوج اسكانها عليه وجه رواية أشهب ان الهبة على الصورة التي كانت عليها قبل العطية فلا يصح فيها حيازة الابتغيا عما كانت عليه بالنقل الى ما ينفر دبه المعطى

وخروجهما عن يد المعطى (فرع) وهذا فيما يستعمل غالبا على الوجه من الاستعمال والاستعمال
وأما ما يستعمل منفردا كالعبد يخرج في العتية من سماع ابن القاسم عن مالك في امرأة تحملت ابنا
لهما صغيرا عبدها وله مال فلم يحوزه الأب ولا الولد حتى ماتت الأم أن ذلك يختلف فاما الغلام الذي هو
للخارج فان ذلك ليس يجوز للصبي وأما الغلام الذي انما هو للخدمة فيخذه من يختلف معه ويقوم في
حواشي حانه حوزا وكذلك لو غل أبوه الغلام وهو مع أبيه لكان اختلافا معه وخدمته له حوزا قال
مالك في العتية وان خدم الأب مع الغلام الى ان مات الأب فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم
فمن تصدق على أم ولده بخادم وابنه مما يكون معها في البيت فلا شهادة في كل ذلك حوزا وأما
العبد يخرج والدان تسكن والشجر وما هو بآن عنهما فلا بد أن يحوزه فيأخذ الخارج من العبد
ويخرج السيد من الدار ويحجى الشجر ونحو هذا وأما العروض فبالقبض واللباس والعارية
ونحو هذا حوزها والافلاشي لها وقال أصبغ الشاهد حوزا وان كان ذلك في يدها وان لم تعرف
اللباس والعارية (فرع) وأما ما وهب لابنه الصغير في العتية عن أصبغ ان تصدق عليه ببقر
وغنم وعبيد فاحتلب الغنم واعقل البقر واستخدم العبيد امرأ خفيفا أو امرأ ممزوجة جارية للضيف
ومرة للابن ومرة لهما فذلك جائز ويكون حيازة وصدة تامة

(فصل) وهذا اذا كانت الهبة حاضرة بيده والمعطى حاضر فان كان المعطى والمعطى غائبين أو
أحدهما غائبا فلا يخلو أن تكون الهبة بيد المعطى أو في يد غيره فان كانت في يده وكان المعطى
والمعطى غائبين عن الهبة ففي العتية من سماع ابن القاسم فمن تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة
أخرى فلم يقبضها حتى مات الابن ان كان صغيرا فذلك جائزه وان كان كبيرا فذلك باطل وان لم يفرط
في الخروج وكذلك الأجنبي روى ابن المواز عن مالك وقال أشهب ان أشهد لم يفرط في القبض
ولعله تهيأ للخروج أو وكل فلم يخرج حتى مات الأب فهي جائزة وان فرط فذلك باطل ورواه أيضا
ابن القاسم عن مالك وجه القول الاول أن للمعطى قبل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر ووجه
القول الثاني ان الهبة قد وجدت طرفاها من الإيجاب والقبول ولم يوجد تفريطهما في قبضها يبطل
حكمها فوجب أن تصبح كالوأنفسها المعطى الى المعطى (فرع) فاذا قلنا انها تصح مع الاجتهاد
وتبطل بالتفريط فجعل الأمر فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة انها على التفريط حتى ثبت
الاجتهاد ووجه ذلك أن عدم القبض يقتضي ابطال العطية وصورة المسئلة صورة ترك القبض
فلا يعدل به عن ذلك إلا أن يتبين الاجتهاد الذي يخرج عن مقتضاه وظاهره ان ما يقوم مقام القبض
(مسئلة) وان كان المعطى غائبا فقد روى في العتية أبو زيد عن ابن القاسم فمن تصدق على ابنه
الكبير الغائب بعبد أو دار فمات الأب قبل الحيازة فذلك باطل وكذلك لو كان قريب الغيبة فمات
الأب قبل القبض ونحوه وروى عيسى عن ابن القاسم وروى أشهب عن مالك في العتية والموازية
فمن تصدق في سفره على امرأته أو ابنته وليست معه بعد فمات السيد قبل أن يقدم والعبد يخدمه انه
ان أشهد على الانفاذ من يعرف المرأة أو الابنة فذلك نافذ وان أشهد هكذا من لا يعرفهما فلا أدري
ما هذا وجه القول الاول ما قدمناه من ان موت الواهب قبل القبض يبطل الهبة أصل ذلك الحاضر
ويقوى ذلك عدم القبول ووجه الرواية الثانية ان الاشهاد بانفاذها أكثر ما يمكن أن يأتي به من
حيازة الهبة (فرع) ومثل ذلك ما يشتره الرجل في الحج من الهدايا ويحمله معه أو يبعثه من
صله أو هدية الى غائب فموت المعطى أو المعطى قبل وصول ذلك فانه ان أشهد بذلك فهي للمعطى

وان لم يشهد بذلك في المدونة من مات منهما رجعت الى ورثة المعطى وفي كتاب ابن حبيب من مات
منهما رجعت الى ورثة الميت فعنى ما في كتاب ابن حبيب أنه ان مات المعطى بطلت الهدية فرجعت
الى ورثته وان مات المعطى حتمت الهدية فكانت لورثته وما في المدونة فقد قال أشهب في كتاب ابن
المواز مثله مفسرا ان من مات منهما فلاحق فيها للمعطى ومعنى ذلك ان عدم القبول يفسد الهدية
وان كان المهدى حيا (فرع) فاذا قلنا ان الاشهاد يقوم مقام الحياة فقد قال أشهب عن مالك لا
يكفى في ذلك أن يدكر ذلك للعدول حين الشراء أو غيرهم حتى يشهدهم والذي يجزى من الاشهاد
قال محمد ذلك انه اذا قال اشهدوا على فهذا اشهاد تام وقال ابن عبد الحكم عن ابن القاسم انه ان قال
لرسولين ادفعا ذلك الى فلان فاني وهبته ذلك فهي شهادة وان لم يدكر فاني وهبته فليس بشئ وروى
ابن القاسم وأشهب عن مالك ان ذلك لا يتم وان شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدا على ذلك اشهادا
أو يصل ذلك الى المعطى في حياة المعطى وجه القول الاول انه اذا سمع منه ما يقتضى تبتيلا فان
ذلك يقوم مقام الاشهاد بها في الاتيان بأكثر مما يمكن من تبتيلا فقله انى قد وهبته اياها مع أمر
الخاملين بإيصالها الى المعطى يقوم مقام الاشهاد بها ووجه القول الثاني أنه لا يجزى الا القصد الى
الاشهاد بها لان ذلك أكثر مما يمكن أن يفعل في أمرها فاما اذا أخبر بذلك العدول حين الشراء أو
بعد ذلك ولم يقصد الاشهاد فان وصلت اليه في حياة المعطى فهي له وأما بعد موتها فلا يكون ذلك
حياسة لانه لم يوجد القصد الى ذلك من المعطى ولا قبضت في حياته (مسئلة) وان كانت الهبة
بغير يد المعطى فحياسة المعطى بالطلب لها أقوى وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فبين
تصدق بعبد الآبق على رجل فطلبه المعطى واجتهد فلم يجده الا بعد موت المعطى قال هو نافله لانه
لم يكن ذلك بيد المعطى فالاشهاد فيه وطلب المعطى له حوز كالدين (مسئلة) ومن كان له عند
رجل وديعة فقال اشهدوا انى قد تصدقت بها على فلان ولم يأمره بقبضها ثم مات المتصدق قبل
القبض فان علم الذي هو عنده فتلك حياسة وان لم يعلم بطلت الصدقة لأنه اذا علم صار حائزا للمعطى
فلو دفعها بعد ذلك الى المعطى ضمنها واه سحنون عن ابن القاسم في العتبية وروى عيسى عن ابن
القاسم فبين تصدق على رجل بمائة دينار وكتب الى وكيله يدفعها اليه فاعطاه الوكيل خمسين ومات
المعطى قبل أن يقبض الخمسين الباقية لاشئ له غير ما قبض لان وكيله بمنزلة رواده ابن حبيب عن
مطرف وأصبغ والفرق بين الوكيل والمودع ان الوكيل مأمور بالدفع فهو فيه نائب عن المعطى
والمودع ليس بمأمور بذلك وانما هو مأمور بحفظ الوديعة فاذا علم أنها قد صارت للمعطى صار
حافظا لها وصارت يده يده قال ابن المواز في الوديعة اذا جع بينهما وأشهد صحت قال وكذلك لو قال له
المعطى دعها الى يبيدك ومعنى ذلك كله أن تعود يد المودع للمعطى فيكون قابضه وحافظا لما أعطى
بأمره فتصح بذلك الحياسة (مسئلة) ومن أعطى رجلا غلة كرمه سنين أو أسكنه داره ثم تصدق
بالرقبة على ابنه الصغير قال سحنون في العتبية ذلك جائز والصدقة للابن وان لم يشهد بأنه جعل
للساكن الحياسة لابنه ولو أشهد بذلك لكان حسنا قال وأحب الى أن لو كان ذلك في فور واحد
لان أصحابنا اختلفوا فيها وهو جائز وان لم يكن في فور واحد وهذا قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ
من رواية ابن حبيب عنهم وروى عن ابن الماجشون انه ان كان ذلك في فور واحد فهو حياسة لمن
أعطى الرقبة وان كان أسكن ثم أعطى الرقبة فان رجعت الرقبة والمعطى حى فهي للمعطى وان مات
المعطى أو أفلس أو مرض قبل أن يرجع الرقبة فلا شئ للمعطى قال وكذلك من أخذ من رجلا عبدا ثم

بتل رقبته للآخر وجه القول الاول ان يد السالكين ليست بيد المعطى فجاز أن يجوز للمعطى كما لو كان الاسكان والعطية في فور واحد ووجه القول الثاني ان السالكين لما انفردت عطيته وتقدمت وحاز لنفسه لم يكن حاز الغيرة كالمعطى (مسئلة) ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو ودعة أو اجارة فقول المعطى قبلت حيازة وان كانت الهبة بغير ذلك البلد وأما اذا كان ذلك ببلد غير المعطى بأحد هذه الوجوه فقد قال أشهب في كتاب ابن المواز ذلك نافذاً إذا شهد وقال ابن القاسم انما ذلك اذا كانت بيد رجل يحسن بر يد حياته أو عارية فيجوز للمعطى وان مات المعطى وأما في الاجارة والرهن فلا يكون حوزاً الا أن يشترط أن الاجارة له مع الرقبة فيجوز ذلك قال محمد وقول ابن القاسم أصوب ووجه القول الاول ان المستأجر قابض لنفسه فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار ووجه القول الثاني ان المعطى يأخذ عوض المنافع في الاجارة فصارت يد المستأجر يده وذلك يمنع صحة الحيازة (مسئلة) ولو وهب ما بيد غاصبه لم تكن حيازة الغاصب له حيازة رواه محمد عن ابن القاسم ورواه ابن حبيب عن أصبغ وقال أشهب ذلك قبض وحيازة للمعطى قال محمد وهو أحسن لان الغاصب ضامن فهو كدين عليه يجوز بالشهاد وجه قول ابن القاسم ان يد الغاصب يد مائعة للمعطى فلم تصح بها الحيازة كيد المعطى ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه انها ليست بيد المعطى واذا استوت يد المعطى والمعطى صححت حيازة المعطى كالارض المبورة والدين (مسئلة) ولو وهبته ديناً لك على غريم لك غائب فدفعته اليه ذلك الحق وان لم يكن له ذكر حق فأشهدت وقبل المعطى جاز لان الدين هكذا يقبض لانه ليس بشئ معين قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك وقال أشهب لان الغريم لو حضر لم يكن الحوز عليه بأكثر من هذا ولو قال لأرضي لم يكن له ذلك (مسئلة) ولو وهب المستودع ما عنده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب قال ابن القاسم القياس أن تبطل وقال أشهب بل هي حيازة جائزة الا أن يقول لا قبل قال محمد وهو أحب الى وذلك ان العطية بيد المعطى فتأخر القبول لا يمنع صحته قال وذلك بمنزلة من وهبته هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فأت المعطى فهي ماضية ان رضيا وله ردها بمنزلة من بعث بهبة الى رجل فاشهد فلم يصل اليه حتى مات المعطى فله أن يقبلها فتكون من رأس المال فله ردها ووجه ما قاله ابن القاسم ان الهبة يمنع صحته عدم القبض فبان يمنع صحته عدم القبول أولى وأحرى

(فصل) ومعنى القبض أن يقبض المعطى العطية وتصور في يده وان كان ذلك بغير علم المعطى ولا اذنه فأت المعطى قبل أن يعلم ويرضى فذلك حوز عند ابن المواز قال لانه لو منعه قضى عليه بذلك ووجه ذلك ان القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه فصح بغير اذنه كما لو امتنع من ذلك فقضى به عليه (فرع) ولو مات المعطى وعليه دين فقام غريمه فخازه والمعطى غائب فبقيت بيده حتى مات المعطى فتلك حيازة تامة حازها بسلطان أو بغيره رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ (مسئلة) وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى روى ابن حبيب عن مطرف فيمن تصدق على ابنته وهي ذات زوج بمسكن نفخر فيه الزوج طعاما حتى مات الاب ان ذلك حيازة لابنته مع أن الاب انما سلم ذلك اليه ليحوز لابنته قال أصبغ لا يكون ذلك حيازة لها الا أن توكله ورواه ابن القاسم وجه القول الاول ما قدمناه أن الهبة لم تنطبق بيد الواهب بل هي على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم تمنع صحة الحيازة كالدين ووجه قول أصبغ انها هبة لم يقبضها المعطى ولا من ينوب عنه فلم تتم حيازتها كما لو كانت بيد المعطى وهذا الأصل قد أوجب الاختلاف بين أصحابنا في عدة مسائل والله

أعلم (مسئلة) ومن تصدق بدار ثم أنكر ذلك فخاصمه المعطى وأثبت ببينة فحكم له بها فلم يقبضها حتى مات المعطى فقدر وى ابن حبيب عن ابن الماجشون ليس الحكم بحوز كالأخذ بالمعطى ومات قبل أن يقبضها المعطى وقال أصبغ ومطرف هو حوز كالأوقاف البائع بطلب سلعة في التفليس وتقوم بينة فيموت المفلس قبل الحكم أنه يقضى له بها وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب من أن المفلس لا يقبل إقراره لخصمه وأما بينة المعطى فإنها بينت إقرار المعطى ووجه قول مطرف أن منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها ليس بآبنت من إنفاذه لها فيموت قبل أن تصل إلى المعطى وذلك لا يمنع الحيابة فتنه أياها عذر يصح معه الحيابة وقد وجد من المعطى القبول والطالب الذى يقوم مقام القبض والذى بعث إليه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب وقد قضى ببيازته لعذر المسافة فى مسئلتنا أولى وقدر وى ابن المواز عن ابن القاسم إذا وقف الامام العطية حتى ينظر فى حجتها فإنه يقضى له بها كما لو قام فى الفليس فى سلعة فلم يقض له بها حتى مات المفلس فقد قال مالك البائع أحق بها وقال أشهب أما ادخال القاضى بين الواهب وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها فيقضى بمآبنت عنده فيها كما كان يقضى فى حياته وأما أن لم يكن الواهب منع منها المعطى فلم يطلها فهى باطل (مسئلة) ولو باع المعطى الهبة فلم يقبضها المشتري حتى مات المعطى قال مطرف وابن الماجشون البيع حيازة واه ابن وهب عن مالك وقال أصبغ ليس البيع بحيابة ولا غير ذلك إلا العتق وحده وجه قول الجمهور أن البيع إخراج عن الملك فأغنى عن الحيابة كالعتق ووجه قول أصبغ أن العتق مبنى على التغليب والسراية ويؤثر فى غير ملكه وذلك إذا أعتق حصه من عبد فله يعتق عليه سائرته وليس كذلك البيع فإنه لا يسرى إلى غير ملكه فلم يغنى عن الحيابة (مسئلة) ولو وهبه المعطى ثم مات المعطى فقدر وى ابن وهب عن مالك أن الهبة حوز وبه قال مطرف وقال ابن القاسم وابن الماجشون أن الهبة لا تكون حيازة لأنها محتاجة إلى حيازة وجه القول الأول أن خروج العطية عن الملك حيازة كالبيع ووجه القول الثانى أنها لا تستغنى عن الحيابة فى نفسها فلم يغنى عنها غيرها من الهبات (فرع) فإذا قلنا بقول مالك فقد قال أشهب إذا وهبه المعطى لآخر فمات المعطى قبل أن يحوز فهو له إذا وجد بعد موت السيد أو الواهب الأول وإذا قلنا بقول ابن القاسم فلم يقبضه الآخر حتى مات الواهب الأول فلا شئ له

(باب فيما يمنع الحيابة ويبطل العطية)

وهو أن يموت الواهب قبل أن يوجد ما ذكرناه من الحيابة أو يفلس أو يمرض مريض موفته فإذا مرض توقف عن إنفاذ الهبة فان مات من مرضه قضى له بإبطالها وإن صح كان حكمه حكم من لم يمرض فى صحة عطيته وإبطالها ولذلك قال أبو بكر رضى الله عنه وقد بلغ من مرضه مبلغا يقين الموت منه فلو كنت جد دتيمه واحتزته كالأوقاف واليوم مال وارث (فرع) إذا ثبت ذلك فهذا حكم الهبة الواحدة يبطل جميعها أو يصح جميعها فنصدق على ولده الصغير ولده الكبير أو أجنبى فلم يقبض الأجنبى حتى مات الواهب فقدر وى ابن القاسم عن مالك تبطل حصه الصغار وحصه الكبار قال ابن القاسم لا يعرف إنفاذ الحبس للصغار إلا بحيابة الكبار وروى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك نصيب الصغير جائز ويبطل نصيب الكبير بخلاف الحبس فإنه يبطل الجميع وجه رواية ابن القاسم أن الخلاف فى هذه المسئلة مبنى على الخلاف فى هبة الجزء المشاع ويحتمل أيضا أن يكون معنى ذلك أن هذه عطية فإذا بطل بعضها لعدم الحيابة بطل جميعها كالحبس ووجه

الرواية الثانية في الفرق بين الصدقة والهبة والمحسب ان الصدقة لجماعة ممتضاها القسمة فجاز أن يبطل بعضها ويصح بعضها والمحسب ينال في القسمة لان الرقبة باقية على ملك المحسب وانما تقسم الغلة فاذا بطل بعض المحسب لعدم الحيازة بطل جميعه (مسئلة) وأما ذهاب العقل في العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم في امرأة تصدقت بعبداً وبناتين في صحتها فلم يحز عنها حتى ذهب عقلها انها باطلة كالموت والتفليس ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة فان برئت من ذلك فهي على صدقتها وان اتصل ذلك بموتها بطلت الصدقة بموتها وقدر روى هذا اللفظ وانما يريدون به معنى الحيازة وكذلك روى عنه أصبغ في العتية انه اذا مرض المتصدق قبل الخوز فقد بطلت وانما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت ولو صح من مرضه لكان على صدقته (مسئلة) وأما المفلس فاذا حجز عليه قبل حيازة العطية بطلت قال أصبغ في العتية ان كانت قيمة العبد أكثر من الدين ان يبيع جميعه وان يبيع منه قدر الدين قصر بعضه عن مبلغ الدين للتبعض يباع جميعه فيقضى منه الدين ويعطى ما بقى للمتصدق ولا شيء فيه للمتصدق عليه لان الغرماء لما استحقوه من يده فبيع لهم في دينهم بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق (مسئلة) وهذا حكم عدم الحيازة فأما اذا حاز العبد وقد كان تدين ديناً محيط بماله قبل العطية فان ذلك يمنع العطية قبضت أو لم تقبض لانه ليس له أن يعطى مال غيره واما ان اذن بعد العطية وقبل الحيازة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة قال أصبغ الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها وان لم يقبض وانما يراعى في ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيازة وانما يراعى في ذلك مطرف وابن الماجشون يوم الحيازة لا يوم العطية (فرع) فاذا قلنا بمراجعة الصدقة فقد قال أصبغ اذا تقدم له الدين وقد كان له وفاء يوم الصدقة أو لم يدر الدين قبل الصدقة أو بعدها فالصدقة المقبوضة أولى وان كان الأب حازها لولده الصغار حتى يعرف خلاف ذلك بمنزلة ما لو استغل ما تصدق به عليهم ولم يدر استغل لنفسه أو لم يدر فان الصدقة ماضية حتى يعلم انه انما كان يستغلها لنفسه دونهم وقال ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه في الصدقة المقبوضة عنه لا يدرى الدين قبلها أو بعدها الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة ولو كان الأب حاز لابنه الصغير كان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبله ونحوه لابن القاسم في المدونة (مسئلة) ومن تصدق بشئ أو وهبه فلم يحز عنه حتى باعه فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب ان البيع أولى وتبطل الصدقة قال ابن المواز اضطرب فيها قول ابن القاسم فروى عنه أبو زيد يرد البيع ويأخذ المعطى صدقته وكذلك الهبة وفي المدونة لابن القاسم عن مالك اذا علم المتصدق عليه بالصدقة فلم يقبضها حتى باعها للمتصدق نفذ البيع والثمن للمتصدق عليه وان لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة فالبيع مردود وما دام المتصدق حيا فان مات المتصدق قبل أن يعلم فلا شيء له والبيع ماض وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن البيع أقوى لأن عقده حيازة يضمن به المبيع وان لم يقبض وجه القول الثاني ان كلا العقدتين يقتضيان التملك فكان أسبغهما أولى كالبيعتين (فرع) فان قلنا ان البيع يبطل فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انما ذلك اذا كان العطاء لمعين يقتضى له به فان كان لغير معين مثل أن يجعل داره في سبيل الله ثم يبيعها لم أفسخ البيع لانه لا يقتضى عليه بها وان قلنا ان البيع ينفذ فقد قال أشهب تبطل الصدقة ولا شيء للمعطى من الثمن وقال ابن عبد الحكم الثمن للبائع لا شك فيه وروى ابن حبيب عن مطرف ان كان المعطى حاضر فلم يرق حين علم بالبيع فلا سبيل له الى رده وله الثمن على المعطى فان مات المعطى

قبل أن يأخذ منه الثمن فلا شيء عليه فأما القول الأول فبني على مانص عليه أشهب من أن الصدقة تبطل وأن البيع الحادث قد منع من الحيابة وأما القول الثاني فبني على أن الصدقة صحيحة فإن قام المعطى على اثر ذلك ولم يقر بأبطال البيع لكون العطية ملكا له وإن ترك ذلك كان كمن يبيع ملكه وهو عالم فلم ينكر فله الثمن إلا أنه لما كان أصله الهبة والعطية ولم يتقدم فيه حيازة فإن قبضه قبل فوات الحيابة بموت المعطى كملت العطية والابطلت ولذلك قال مطرف أنه لو كان المعطى غائبا فقدم في حياة المعطى كان مخيرا بين رد البيع أو أخذ الثمن وقد روى ابن حبيب والعتبي مثل ذلك عن ابن القاسم (مسئلة) ولو أعطاها الواهب لرجل آخر قبل أن يقبضها الأول فإن حازها الثاني فقدر روى ابن المواز عن ابن القاسم الأول أولى وتنزع من الثاني قال ابن المواز ليس هذا بشيء والخازن أولى وهو قول المغيرة في المدونة وجه القول الأول أن المالك الأول أحق به ووجه القول الثاني أن الهبة الثانية لما قويت بالحيابة صارت كالبيع فتي قدم البيع على الهبة لزمه مثل ذلك في الهبة الثانية إذا قارنتها الحيابة وإذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال أصبغ في العتبية أن كان المتصدق عليه علم بالصدقة فلا شيء له وإن كان لم يعلم أو علم ولم يفطر وندم المتصدق ففاجأه بأن تصدق بها على غيره فالأول أحق بها إن أدركها قائمة وإن فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها وإن فاتت (مسئلة) وإن كانت الهبة عبدا أو أمة فأعتقه الواهب قبل القبض أو استولد الأمة فقد قال ابن القاسم ينفذ العتق والاستيلاء ولا شيء للمتصدق عليه وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب يرد العتق وإذا حلت منه الأمة فعليه القيمة وجه القول الأول ما بني عليه العتق من التغليب والسراية ووجه قول ابن وهب أن الهبة تقتضي التمليك فلا يصح فيها عتق المملك كالبيع وعليه في الأمة القيمة لشبهة عدم القبض (فرع) فإذا قلنا بقول ابن القاسم وكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه إلى أجل فقد قال أصبغ لا يرده شيء من ذلك ولا شيء للمعطى في خدمة المدبر ولا كتابة المكاتب ولا رقبته وإن عجز قال أصبغ عن ابن القاسم ولو قتله رجل فالقيمة للموهور له ومعنى ذلك أن قتل القاتل له ليس بمعنى الرجوع في الهبة وأما العتق وما كان في معناه فإنه رجوع في الهبة وبطل لها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وإن كان المعطى رهن العطية قبل القبض فقد قال ابن القاسم فبين حبس على ابنه ثم رهنه فأتى ببطل الرهن ويثبت الحبس ووجه ذلك ما تقدم (فرع) وهذا كله فيما أحدثه الواهب في الهبة قبل القبض فأما ما أحدثه في الهبة لابنه الصغير في حجره فبقيت في يده ثم باعها فقدر روى عيسى عن ابن القاسم في رجل تصدق بثلاثي غنم معينة على ابنه الصغير وثلاثة صدقة في سبيل الله فبقيت في يده زمانا ثم عدا عليها فباعها ثم مات والابن صغير إن صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله ولا شيء للسيد لأن حفظه لم يخرج من يده حتى مات

(فصل) وقوله وإنما هو اليوم مال وارث يريد أن حق الوارث قد تعلق به فيمنع ذلك الحيابة كما تمنع الحيابة تعلق حق الغرماء بمال المفلس ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لما تبين الوفاة ويحتمل أن يكون قاله توقفا لها وذلك بمنع الحيابة أيضا على وجه التوقيف فيها لأنها مترتبة بمن حاز في ذلك الوقت فإن صح صححت إفاقته الحيابة

(فصل) قال وإنما هو أخواك وأختاك هكذا ورد هذا الحديث أن ورنه من ذكر وقد ورثه مع ذلك زوجه أسماء بنت عميس وزوجه بنت خارجة وترك أباه أبا قحافة عثمان بن عامر ومات بعده في خلافة عمر بن الخطاب الأنهر روى أنه رد سدسه على ولد أبي بكر ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته

ويحتمل أن يريد أن يري ثمار ثني بالبنة أنت وأخوالك وأختاك يريد أن الذين يشاركونك في هذه العطية انما هم اخوتك على معنى التسلية لها عاصرا الى غيرها من ذلك بان من يصير اليهم ذلك بمن يسرك غناهم فقالت لو كان كذا وكذا لتركته ويحتمل أن تريد لتركته اذا لم أستحقه ويحتمل أن تريد لتركته وان كان لي من ذكرته من أحب له الغنى والخير ممن يشفق عليه

(فصل) وقولها وانما هي أساءة في الاخرى لما لم تعلم لنفسها أختا غير أساءة فقال لها ذو بطن بنت خارجة يريد أن حمله يوجد ويقال ان اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك الخزرجي يعتقد فيها انها جارية قال ابن مزين قال بعض فقهاءنا وذلك لرواها أبو بكر تأول فيها ذلك وهذا لا يمتنع فولدت بنت خارجة بنتا سميت أم كلثوم والله أعلم ص * مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا ثم يسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات هو قال هو لا بني قد كنت أعطيتهم اياه من نحل نحلة فلم يحجزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة * ش قوله ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا ثم يسكونها الحديث يقتضي ان اخراج العطية من يد الاب الناحل هو الواجب أو الافضل فان كان الابن بالغًا مالكا لأم نفسه فحكمه حكم الأجنبي على ما تقدم وان كان صغيرا فان من العطايا ما لا يصح الا باخراج الاب العطية من يده الى يد من يحوزها له ومنها ما يصح حيازتها مع بقائها بيد الاب الا أن اخراجها عن يد الاب الى يد غيره أفضل وأبين في صحة الحيازة فاذا ثبت ذلك فان العطايا على ضربين منها ما لا يتعين كالدينار والدرهم ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والثياب فأما الدينار والدرهم فانها ان بقيت بيد الواهب غير مختوم عليها يتصرف فيها الابنه الصغير فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه ان مات الاب وهي على ذلك فالعطية باطلة وكذلك لو صدق عليه بعشرة دنانير من دنانير معينة ففي العتية عن مالك لا يجوز وان طبع عليها حتى يدفعها الى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك انها غير معروفة العين ولا متعينة بالاشارة اليها ولا يصح أن يعرف أعيانها اذا أفردت من غيرها ولم يختلف أصحابنا في ذلك اذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره (فرع) وأما اذا ختم عليها وأمسكها عنده فقد روى عن مالك أنها تبطل زاد ابن المواز وان ختم عليها الشهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون وروى عنه أن العطية ماضية وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمديون قال مطرف اذا ختم عليها بحضرة الشهود وان لم يختم عليها الشهود وجه القول الاول انها مما يتعين بالعقد فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطى كالتى لم يختم عليها وجه القول الثانى انها تتعين بالعقد فاذا تميزت بالختم عليها صححت الحيازة فيها (فرع) فأما اذا وهبه دنانير فوضعها على يد رجل يحوزها له فحدث للرجل سفر ومات فقبضها الاب فمات فقد روى عيسى عن ابن القاسم انها ماضية لأنها حيزت مدة فلا يباي قبضها الاب بعد ذلك ولم يقبضها كالدراهم تصدق بها على ولده فيعوزها عنه سنة وفي كتاب محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بمائة دينار وجعلها له على يد غيره ثم تسلفها فمات فذلك باطل بخلاف ما لو وهبه دينار ثم قبضه الأب فظاهر هذه المسئلة ان قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك لانه علل امضاء الهبة بانها حيزت مدة وشبه ذلك بالدار تحاز سنة ثم رجع الواهب الى سكناها فالظاهر ان الواهب لو تسلفها بعد ان حيزت عنه نفقت الهبة غير انه انما يصح على القبض في مسئلة السفر وان ذلك ان كان لعذر السكنى جائز ولم يذكر انتفاع الأب بها بعد القبض وذكر في مسئلة الدين قبض الأب للدين ولم يذكر تسلفه

* مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا ثم يسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وان مات هو قال هو لا بني قد كنت أعطيتهم اياه من نحل نحلة فلم يحجزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة

ولانتفاعه به إلا أنه لما شبه مسئلة السفر بمن حيزت عنه الدار سنة اقتضى ذلك أن انتفاعه بها بعد أن حيزت عنه لا تبطل الحيازة واقتضى ذلك على مذهب مالك أن قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبي لا يبطل الحيازة وإنما يبطلها انتفاع الأب بها وسلفه أياها والله أعلم وأحكم وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحيازة قد وجدت فيها فلا يضره ما حدث بعد ذلك كماله وهبه ديناله على رجل فقبضه الأب ومات وهو يبيده وقد اتفقا على صحته ووجه القول الثاني أن حيازة الأب لابنه الصغير فيها ضعف وكذلك الغائب عنه وإنما تختص حيازة النائب عنه بان الهبة تتعين بقبضه وإن كانت مما لا يتعين فإذا استرجعها الأب من يده وصرفها في منفعة بطلت الهبة ولو تسلفها من الكبير بعد أن تتم حيازتها لم تبطل الهبة وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده فجعل من يحوز لهم فحاز ذلك الأب ثم مات الأب فوجدت عنده فإن ذلك يبطل قال مطرف إلا أن يشهد الأب أنه رد حيازتها إليه قال ابن الماجشون لا ينفعه ذلك إلا أن يكون حدث في من كان يحوزها سلفه فإنه يجوز ذلك إذا أشهد وقاله أصبغ وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم أنه يشترط الأشهاد في أن قبضها للحفظ للأب وقول ابن الماجشون كذلك إلا أنه يشترط الأشهاد ضرورة الأخذ بها من الحائز بسفهاه ومتفق أقوالهم على أن حيازة الأجنبي تأثيراً في صحة الحيازة والله أعلم (مسئلة) وأما الخنطة والشعر وما يكال أو يوزن فقد روى القاضي أبو محمد في معونته من قبض لابنه الصغير ما في يده وحاز له من نفسه جازاً إذا كان شيئاً معيناً ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون إلا أن يضعه بيد غيره ويشهد عليه فإن أمسكها بيده لم تصح وقال أبو حنيفة يصح قبضه وإن كان مما لا يعرف بعينه ووجه ذلك أن الأب قد يتلف الذهب والورق أو يتلف بغير سببه ولا يمكن أن يعرف عينه فلا يعلم أن كان ما وجد هو الذي كان وهبه أو غيره (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال الشيخ أبو بكر يجوز أن يحوزها الأب إذا وضعها في شيء وختم عليها وأشهد عليها أنها حينئذ تتميز ويمكن الأشهاد عليها ويكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه وهذا على قول المدنيين في حيازة الدنانير والدرهم ظاهر وأما على قول المصريين فيحتمل أن يقول مثل ذلك في كل مكيل أو موزون أو معدود ويحتمل أن يفرض بينهما بأن الدنانير لا تتعين بالعقد وهذا متفق على أنها تتعين بالعقد والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير بدار فلم يخرج منها حتى باعها ثم مات فيها قبل أن يقبضها المشتري فقد روى ابن حبيب عن أصبغ الصدقة جائزة والتمن للولد لأنه انما مات في دار المشتري وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البيعة أنه باعها لنفسه استرجعها له فيها فان عثر على ذلك في حياته رد البيع ورجعت الدار للولد وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة ونفذ البيع وسواء مات فيها أو قبضها المشتري وأما لو خرج منها بعد الصدقة ثم باعها فسواء باعها لنفسه استرجعها أو على غير ذلك فالبيع مردود للولد مات الأب أو لم يمت ويرجع المشتري بالتمن في تركه الأب ولا شيء على الابن وإن لم يترك الأب شيئاً وذلك يقتضي أنه لو لم يكن ساكنها وأشهد على احتيازها لابنه ثم باعها باسم الاسترجاع أنه بمنزلة الذي باع بعد أن أخلاها من سكنها وقد قال ابن القاسم في العتبية فيمن تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ومساكن لها غلات فلم يعلم أنه كان يكرها للابن باسمه أو باسم نفسه فذلك للابن وكذلك لو أكرها ولم يقل أكريت لابني وإن لم يخرج ذلك إلى أحد غيره يجوز له لابنه وقاله مالك وأنكر قول من يقول لا يجوز ذلك إذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة وقال هذا خلاف سنة المسلمين (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير

بما تشاء من غنمه ولم يعينها فمن مالك في ذلك روايتان في الموازية والعقبة عن مالك ان لم يسم الغنم
أو يصفها بما تعرف بأعيانها وأهل البادية يسمون الابل والغنم كما يسمى أهل مصر الخيل لم يجز ذلك
وبه قال ابن القاسم ومطرف وفي كتاب ابن المواز وابن حبيب قال أصبغ وقد كان يقول اذا ذكر
عدة من غنمه أو خيله وترى ذلك شركة فهو جائز ثم رجع عنه زاد في العقبة هو وأصحابه قال ابن حبيب
وبهذا أخذ ابن وهب وابن عبد الحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار واستثنى ابن الماجشون
العين والمسكن والملبوس فانه يبطل يريد اذا لبسه أو سكنه وجه القول الأول انه اذا لم يعينها فانه لا يصح
حيازتها لابنه لانه انما يتصرف لنفسه فيها فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع لو بقي بيد الرهن لم تصح
الحيازة فيه ووجه القول الثاني ان القبض والتسليم يصح والفرق بين العطية والرهن انه يجوز الأب
لابنه الصغير العطية ولا يجوز أن يحوز له ما وهب له اياه (مسئلة) ومن تصدق على ابنه الصغير أو
وهه نصف غنمه أو نصف عبده أو داره مشاعا قال القاضي أبو محمد فيهما روايتان احدهما الجواز
والأخرى الابطال ومعنى ذلك ان من تصدق بجزء من ذلك وترك باقيها لنفسه أو جعل الباقي للسبيل
فحاز ذلك الأب حتى مات ففي كتاب محمد والعقبة ما كان للابن فهو نافذ ويبطل ما كان للسبيل
رواه أصبغ عن ابن القاسم ورواه أشهب في الموازية عن مالك وقال أصبغ أرى أن يبطل كله في
المستثنى جميعا ولا شيء للابن ولا للسبيل وجه القول الأول ان قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح في
العين المفرد المتميز ويبطل ما لا ينسب له لا يصح لانه لا يصح له ما يبقاه على ملكه كماله وهبه عدة من جملة
لبنه وباقيه له أو راجع اليه لا يصح لانه لا يتميز ما يقبضه لابنه بما يبقاه على ملكه كماله وهبه عدة من جملة
دراهم فانه لا يكون اشهادا بالحيازة لابنه حيازة وقد رأيت معناه للقاضي أبي محمد والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ولا يجوز أن يحوز للصغير والسفيه ما وهبه الاب أو الوصي أو السلطان أو من يليه فاما غير
هؤلاء من أم أو أخ أو جد أو غيرهم فلا يحوز له ما وهبه يتما كان أو ذا أب رواه أشهب عن مالك وبه قال
ابن القاسم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيها
وهبته له أو وهبه له أجنبي وكذلك من ولي صبي على وجه الحسبة من الأجنبي أو من قريب خيازته له
جائزة فيها وهبه له أو غيره وان كانوا انما ابتدوا ولايته من يوم الصدقة فذلك باطل وقاله ابن نافع
وأصبغ وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب فممن تصدق على يتيمة له أو صغير في حجره هل يحوز له
فقال لا يحوز له الاب أو الوصي الأم وان لم تكن وصية والجداد كالأب في عدمه والجدات
كالأم اذا كان في حجر آخر من هؤلاء أو ما غيرهم فلا يحوز له الا أن يبرأ منهم الى رجل يليه وجه
قول ابن القاسم أن غير الأب لا يلي المال بنفسه ولا قدمه من يليه بنفسه فلم تصح حيازته كابن الأم
وجه قول ابن الماجشون ان هذا قد تقدمت له ولاية ونظر فصحت حيازته له وليس كل أحد يوصي
على ولده ولا كل أحد يستطيع ان يصل خبره الى السلطان فيليه أو يولي عليه فن كان وليه غيره على
وجه الحسبة أو القرابة في حكم الوصي وجه قول ابن وهب أن كل من له عليه ولادة يجوز أن يليه
ويحوز له كالأب الا ان بعضهم مقدم على بعض لقوة سببه (فرع) اذا قلنا ان الوصي يحوز على يتيمة
ما أعطاه فقد قال أبو عبد الله بن العطار انما ذلك اذا كان مفرد النظر فان شاركه غيره لم يجز له ذلك
ويخرجها الى شريكه أو الى غيره قال وقيل ان حيازته تامة

(باب في الذين يحاز عليهم)

والذي يحاز عليه هو الصغير والبكر البالغة والسفيه واسم اليتيم ينطلق على جميعهم وقد نص عليه

شيوخنا وقاله أبو عبد الله بن العطار وقد بسطت القول فيه في كتاب السراج فاما الصغير فان
 حد المغر يذكّر في الجنائيات ان شاء الله تعالى ولم يحتلف في الصغير انه اذا بلغ لم يدفع اليه ماله حتى
 يؤنس رشده قاله محمد خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما يدفع اليه ماله بنفس البلوغ والدليل
 على ذلك قول الله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
 أموالهم فجعل تعالى إيتناس الرشد شرطاً في دفع المال اليهم بعد البلوغ ومن جهة المعنى ان الصغير انما
 يخاف عليه افساد المال وتأثير الرشد في حفظ المال أكثر من تأثير البلوغ فاذا روي البلوغ فبان
 براعى الرشد أولى وأحرى (مسئلة) وأما البكر البالغة فحكمها حكم الصغير في الحجر مالم تعنس
 فان عنست ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يحوز لها أبوها وان عنست وقال أيضاً الا أن
 تكون عنست ورضيت وجه القول الاول انها بكر ذات أب فلزمها حجره كالتى لم تعنس ووجه
 الرواية الثانية انها بالغة رشيدة خيرة بمصالحها فزال عنها الحجر كالتيب (فرع) اذا ثبت ذلك فقد
 قال ابن عبد الحكم في الموازية يحوز لها مالم تبلغ التعنس الكثير فاذا بلغت الحسنيين والستين
 فهذه تحوز لنفسها ولا شئ لها الا أن تحوز لنفسها وهي كالتى تلى مالها ولا يزوجه أبوها الا برضاها فان
 زوجها بغير رضاها لم أفسخه وروى ابن القاسم عن مالك تجوز حيازته عليها وان رضى حالها
 وجاوزت الثلاثين قال ابن القاسم مالم تعنس جدا فتبلغ الستين ونحوها فهذه ان لم تحوز لنفسها فلا
 شئ لها ووقع الاتفاق على التعنس الكثير وهو بلوغ الحسنيين والستين وانما وقع الاختلاف بينهم
 في ظاهر الأمر في التعنس الاول بسن الثلاثين وبما زاد عليها الزيادة القريبة لان هذه لم تبرز بعد
 البروز التام وقال في المدونة ابن القاسم اذا عنست في بيت والدها لم يكن له أن يرد هبتها ولا عتقها ولم
 يحد وقال عن مالك لا يجوز فعلها وقال في المدونة أشهب عن مالك التى بلغت أربعين سنة
 وخسين سنة اذا رضى حالها جاز فعلها قال محمد وذلك عندنا فى التى لأب لها ولا وصى ولا ولى من
 السلطان فلم يسلم من الاختلاف بالتحديد الا التى بلغت الستين لانها نهاية التعنس وابتداء
 الشيخوخة والله أعلم (مسئلة) وأما السفية فهو الذى لا معرفة له بحفظ ماله ووجه اصلاحه
 وهل يراعى في ذلك أن يكون معه فسق في دينه أم لا قال أشهب لا ينظر الى سفهه في دينه اذا كان
 لا يتدفع في ماله وبه قال ابن القاسم وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المولى عليه
 لا يدفع اليه ماله حتى يحكم له بالرشد في الحال والمآل وهذا عندنا في ازالة الحجر عنه وأما في رده الى
 الحجر فلا يراعى فيه فسقه وهو قول المدنيين من أصحابنا وقول الحسن البصرى وجه قول أشهب ان
 الصلاح في الدين معنى لا يراعى في الحجر عليه فلم يراع في حفظه كحفظ القرآن ووجه قول ابن
 الماجشون ان الصلاح في الدين أولى بالاعتبار وبه يعلم اصلاحه للمال (مسئلة) وأما أم الولد ففي
 العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في أم الولد يتصدق عليها سيدها حالها في الحيازة حال
 الحرة قال أبو عبد الله بن العطار ويحوز السيد لأم ولده ما حبسه عليها ما في كتاب الحبس والصدقة
 من المدونة ان الرجل يحوز عطيته لمن بلى أمره ويحوز عليه قضاؤه يردان قضاء السيد يحوز على
 أم الولد في مالها فكانت ممن يحوز عليها
 (فصل) وقوله فان مات ابن أحدكم قال مالى يعنى لم أعط أحدا يردانه يمنع منه ورثة الابن وان مات
 هو قال هو لا يبنى قد كنت أعطيته اياه فوعظ عمر ونهى عن مثل هذا وأعلم انه لا يحل لشاعله وانه اذا
 أعطى ابنه عطية ثم مات لم يحل له أن ينفر دبرها ويقول هذا مالى ورمها بحجر الا عطاء وأخفى وثيقة

العطية ولا يجعل أيضا أن يعطيه عطاء لم يبتله له ثم يدرك الموت الأب فيعربه عن بعض ورثته ويقول قد كنت وهبته لابني وهو لم يبتل تلك الهبة ثم قال رضى الله عنه من نحل نحلة فلم ينجزها الذى نحلها حتى تكون لورثته فهي باطل وظاهر هذا اللفظ يقتضى انه كان المنحول كبيرا يجوز لنفسه وأما لصغير فقد بينا انه قد يجوز له غيره وقد يجوز لك كبير غيره على ما قدمنا ذكره وانما أراد بذلك عمر ابن الخطاب أن يجوز لنفسه أو يجوز له من يقوم مقامه في ذلك بتوكيل أو وجهه سائق في الشرع والله أعلم

﴿ ما لا يجوز من العطية ﴾

ص **✽** قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فحين أعطى أحدا عطية لا يريد ثوابها فشهد عليها فانها ثابتة للذي أعطىها الآن يموت المعطى قبل أن يقبضها الذي أعطىها قال وان أراد المعطى امسا كها بعد ان أشهد عليها فليس ذلك له اذا قام عليه بها صاحبها أخذها **✽** ش وهذا كما قال ان من أعطى عطية لا يريد بها الثواب ولا العوض وانما يبتليها للمعطى دون عوض وأشهد عليها فانها بالشهاد تثبت للمعطى فليس للمعطى الرجوع فيها لان الهبة تازم بالقول خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما ان الصدقة والهبة عقد جائز وانما تازم بالقبض والدليل على ما نقله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والدليل على ما نقله من جهة السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه ودليلا من جهة القياس ان هذا عقد فلم يفتقر لزومه الى قبض المعقود عليه كسائر العقود (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه على ضربين ضرب لا يقضى به وضرب يقضى به فاما ما لا يقضى به فا كان من صدقة أو هبة أو حبس على وجه التمين على معينين أو غير معينين اتفق أصحابنا ابن القاسم وأشهب وغيرهما على أنه لا يقضى عليه بذلك ولكنه يؤمر به ووجه ذلك انه لم يقصد به البر وانما قصد اللجاج وتحقيق ما نازع فيه فيؤمر به ولا يقضى به عليه ومثله روى ابن المواز عن ابن القاسم فعين قال لا أمر أنه كل جارية أسير رهاعليك فهي صدقة عليك وان وطئت جاريته فهي صدقة عليك فتسر رانه لا شيء عليه قال محمد بن زيد لا يقضى عليه بها وأما ما كان من ذلك بغير تمين فانه يجبر على اخراجها وحكى محمد عن أشهب لا يجبر على اخراجها الا اذا كانت الصدقة على معين بل خصوصته للالساكين وجه قول ابن القاسم ان هذه صدقة على وجه البر فوجب أن يقضى عليه باخراجها كالأحباس ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه اذا كانوا غير معينين لم يستحق أحد المطالبة بها فيقضى له ص **✽** قال مالك ومن أعطى عطية ثم نكل الذي أعطاها فجاء الذي أعطىها بشاهد يشهد له انه أعطاه ذلك عرضا كان ذلك أَوْ ذهباً أو ورقاً أو حيواناً أحلف الذي أعطى مع شهادة شاهده فان أبي الذي أعطى أن يحلف حلف المعطى وان أبي أن يحلف أيضا أدى الى المعطى ما ادعى عليه اذا كان له شاهد واحد فان لم يكن له شاهد فلا شيء له **✽** ش قوله من أعطى عطية ثم نكل المعطى يريد أنكرك ذلك فشهد للمعطى شاهد واحد على ما ادعاه من أن المعطى أعطاه ما أشار اليه من عرض أو حيوان أو ذهب أو ورق مثل أن يكون الذهب والورق مما يتعين كالحلى والتبر ويحتمل أن يكون دينار أو دراهم على قول من يقول لا يتعين بعقد فكان ما أشار اليه من ذلك بيد المعطى فيحكمه حكم ما في ذمته مثل أن يقول للرجل أشهد أن فلان في مالي مائة دينار صدقة فقدر وي ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان ذلك لازم له وأما الرجل

﴿مَالًا يَجُوزُ مِنَ الْعَطِيَّةِ﴾
 * قال يحيى سمعت مالكا
 يقول الأمر عندنا فيمن
 أعطى أحدا عطية لا
 يريد ثوابها فاشهد عليها
 فانها ثابتة للذي اعطىها الا
 أن يموت المعطى قبل أن
 يقبضها الذي اعطىها قال
 وان أراد المعطى
 امساكها بعد ان أشهد
 عليها فليس ذلك له اذا قام
 عليه بها صاحبها أخذها
 * قال مالك ومن أعطى
 عطية ثم نكل الذي
 أعطاها فبجاء الذي أعطىها
 بشاهد يشهد له أنه أعطاه
 ذلك عرضا كان أو
 ذهباً أو ورقاً أو حيواناً
 أحلف الذي أعطى مع
 شهادة شاهده فان أبي
 الذي أعطى أن يحلف
 حلف المعطى وان أبو أن
 يحلف أيضاً أدى الى المعطى
 ما دعى عليه اذا كان له
 شاهد واحد فان لم يكن له
 شاهد فلا شيء له

يسأل الرجل السلف أو الهبة فيقول أنا أسلفك وأنا أهبك في العتية والموازبة عن مالك أن ذلك غير لازم له ووجه ذلك أنه موعده غير سبب (مسئلة) وأما إذا كان السلف والعدة لغير سبب يتسبب به ولا حاجة بذكرها فإن كانت العدة من رجل بسبب يتسبب به مثل أن يقول أريد الخبز أو السفر أو نكاحاً أو شراء سلعة أو هدم دارى وبنائها فيقول له الرجل أفعل ذلك وأنا أسلفك في العتية لمحتنون أن هذه العدة لازمة لمن وعدها يقضى عليه بها لأنها لازمة بالقول كالنظرة بالدين تلتزم بالقول سواء قال أنظر كذا أو أنظر لك وكذلك في هذا سواء قال أسلفك أو أسلفتك سواء ذكر أجلاً للسلف أو لم يذكره فإن ذكر الأجل لزمه وإن لم يذكره لزمه من الأجل بقدر ما يرى أن مثله في غناه وقوته على السلف يسلف مثل التسلف في غناه وقوته على الاداء يراعى الأمران في ذلك وعنه أنه يراعى مع ذلك قدر الدين (مسئلة) ولو كان ما استسلف أو استعار بسببه لا يقضى إلى التسبب بشئ ولكنه أسلف لحاجة ذكرها مثل أن يقول له إن غرمائى يزمونى بدين فأسلفنى أقضهم أو يقول أعزنى دابتك أركبها غدا إلى موضع كذا ويذكر حاجته فيعده على ذلك في العتية لأصبح يزمه ذلك بالقول تسبب لحاجته أو لم يتسبب لها الآن يترك حاجته تلك فيسقط عن الواعد حكم عده وبالله التوفيق

(فصل) وقوله ويحلف المعطى مع شاهده مبنى على ما تقدم من الحكم باليمين مع الشاهد فإن أبى المعطى أن يحلف لقد أعطاه ما شهد به شاهده حلف المعطى أنه ما أعطاه شيئاً من ذلك فإن أبى أن يحلف حكم المعطى به بدون يمين لنكول المعطى بعد رد اليمين عليه وكذلك كل من نكل عن يمين ردت عليه فإنه يقضى عليه كمن ادعى قبل زيدا ما لا فم يحلف زيدا ورد اليمين على المدعى فنكل فإنه يقضى عليه ببطلان دعواه

(فصل) وقوله فإن لم يكن له شاهد فلاشئ له ظاهره ليست له يمين ولا غيرها على من ادعى عليه الهبة وذلك أن الهبة على قسمين أحدهما أن تكون الهبة معينة والثانى أن تكون في ذمة المدعى أما ما لم يكن في ذمة المدعى فالظاهر من المذهب أنه لا يمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى ووجه ذلك ضعف سبب المدعى لأن في دعوى الحقوق اللازمة باتفاق لا يجب اليمين إلا بسبب يقوى الدعوى فكان يضعف الهبة لاختلاف الناس في لزومها وحاجتها عند مالك إلى الحيابة وقال الشيخ أبو القاسم في تفريعه على المدعى عليه الهبة اليمين فإن حلف برى وإن نكل المدعى عليه الهبة اخذ منه ذلك (مسئلة) وأما ما كان في ذمة مدعى الصدقة مثل أن يكون لعمرودين قبل زيدا فيطلبه منه فيقول زيدا قد وهبته فالظاهر أنه لا يحكم لعمرودين على زيدا بذلك الدين إلا بعد أن يحلف أنه ما وهبه ووجه ذلك أن المعطى يريداً خراج ما عنده فإن ادعى الغريم فيه ما يرى ذمته لم يحكم له إلا بعد يمينه على إبطال تلك الدعوى كالأدعى القضاء ويحتمل عندى قسمة أخرى أن كانت الهبة بغير يد الموهوب فلا يمين على الواهب وإن كانت بيد الموهوب لم يكن للواهب انتزاعها منه إلا بعد يمينه أنه ما وهب سواء كانت الهبة عرضاً أو عيناً يصح هذا التقسيم أن من استحق عرضاً يدير رجل وزعم أنه اشتراه أنه لا يأخذه منه حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب والله أعلم وأحكم قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلة وإن مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلاشئ له وذلك أنه أعطى عطية لم يقبضه فإن أراد المعطى أن يمسكها وقد أشهد عليها حين أعطها فلاشئ له إذا قام صاحبها أخذها ش قوله من أعطى عطية لا يريد ثوابها فإن المعطى فورثته بمنزلة يريد

* قال مالك من أعطى عطية لا يريد ثوابها ثم مات المعطى فورثته بمنزلة وإن مات المعطى قبل أن يقبض المعطى عطيته فلاشئ له وذلك أنه أعطى عطية لم يقبضه فإن أراد المعطى أن يمسكها وقد أشهد عليها حين أعطها فلاشئ له إذا قام صاحبها أخذها

ان هذا حكم هذه الهبة وان كانت لغير ثواب لان حكم هبة الثواب مخالف لحكم هذه الهبة وهذا يدل على أن مالكاً كان يقول بدليل الخطاب فأخبر أن موت المعطى لا يبطل الهبة وهو الصحيح لان القبض الذي يبطل الهبة عدله لا يفوت بموت المعطى فورثته يقومون مقامه لهم من القيام بطلبها وامضاء ما كان له وانما يبطل بموت المعطى قبل القبض لان تمام العطية بالقبض قد فاته وقد تقدم الكلام في باقي الباب

﴿ القضاء في الهبة ﴾

ص مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان بن طريف المري أن عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصلته رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذ لم يرص منها ﴿ ش قوله من وهب هبة لصلته رحم أو على وجه صدقة يريد ان يقصد بها القرية فانه لا يرجع فيها يريد انما لازمته ليس له الرجوع فيها سواء قبضت منه أو لم تقبض وقد تقدم ذكره ومن وهب هبة رأى انه أراد بها الثواب وليست على وجه القرية وانما هي على وجه المعاوضة فاذا لم يرص منها كان له ارتجاعها كالسلعة يعرضها للبيع فاذا لم يرص منها لم يلزمه اخراجها وقوله يرى انه أراد بها الثواب يحتمل وجهين أحدهما أن يكون الواهب ممن ظاهر هبته قصد الثواب بان يهب للثواب ويعتقده ولعله يعلم به غير الموهوب فان اشترط الثواب فقد روى ابن جبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك وهو كبائع السلعة بقبضها ولكن ان وهب وسكت عن ذكر الثواب ثم قام يطلب الثواب فهو الذي جاء فيه قول عمر رضي الله عنه قال أصبغ ذلك جائز في الوجهين قال الشيخ أبو محمد وهو قول ابن القاسم في المدونة وهو أولى لانه وان لم يشترط الثواب فقد عرف انه المقصود والمعروف كالشرط ﴿ وفي هذا خمسة أبواب ﴾ الباب الأول فيما يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضاً في هبة الثواب ﴾ الباب الثاني فيما يحتمل هبته على الثواب من غير شرط ﴾ الباب الثالث في مقتضى الهبة من اللزوم أو الجواز ﴾ الباب الرابع فيما تفوت به الهبة للثواب ﴾ الباب الخامس في حكم وجود العيب بها

﴿ القضاء في الهبة ﴾
* مالك عن داود بن الحصين عن أبي غطفان ابن طريف المري أن عمر بن الخطاب قال من وهب هبة لصلته رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها اذ لم يرص منها

(الباب الأول فيما يجوز هبته للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضاً في هبة الثواب)
اعلم ان ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته للثواب كالعبد الآبق والجل السارد والجنين في بطن أمه وما لم يبد صلاحه من ثمراً وحج رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك انه عقد معاوضة فلا يجوز عقده بالعبد الآبق كالبيع (مسألة) وأما الدنانير والدرهم فروى ابن المواز عن ابن القاسم لا يصلح أن يوهب للثواب فان شرط في ذلك ثواب فهي هبة مردودة وهو المشهور عن مالك وروى ابن المواز عن ابن القاسم انه ان اشترطه فيكون ذلك عرضاً أو طعماً ومثله في المدونة قال ابن المواز ولا يعجبنا ذلك وهي غير جائزة وليرد المثل فيها وكذلك الفضة والذهب غير المسكوك وقاله أشهب وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن القيمة انما تكون بالعين فاذا كانت الهدية عيناً فانما تكون قيمتها من أصناف العروض ثبتت في الذمة غير موصوفة ولا موجهة وذلك يمنع صحة البيع وما كان في معناه وأيضاً فانه ليس في أعيانها غرض ولا فيها مقصد غير التصرف فيها في البيع والشراء وانما هبة الثواب فيها يتاحف به الواهب مما يكون فيه غرض للموهوب له فيثبت عليه بمثل قيمته أو أكثر ووجه القول الثاني ان كل ما يصح بيعه صح أن يوهب للثواب كالعروض (فرع) فاذا قلنا انه

يجوز ذلك في الدنانير والدرهم وهو الأظهر من المذهب فلا يجوز ذلك في السبائك وروى عيسى عن ابن القاسم وكذلك السقاج والنقار والخلي المكسور ووجه ذلك أنه ذهب أوفضة لا غرض في هبته غير مبلغه فلا يوجب للثواب وإن وهب فهو مردود كالدنانير والدرهم (فرع) وأما الهبة الخلية المصوغ للثواب فأجازها مالك في المدونة والموازية قال ابن المواز لا يجوز هذا بحال وجه القول الأول أن هذا مما يجوز بيعه وفي عينه غرض مقصود فجاز أن يوجب للثواب كسائر العروض ووجه قول محمد أن هذه معاوضة ذهب بعضها لا يتناجز فيها قبض أو شراء عرض غير معين ولا مؤجل فلم يجز ذلك كالبيع

(الباب الثاني فيمن تحمل هبته على الثواب من غير شرط)

الواهب إذا وهب وشرط الثواب فلا خلاف في أن هبته محمولة على الثواب اقتضى ذلك الجواز أو المنع وأما أن يوجب من غير شرط ثم ادعى أنه قصد الثواب وطلبه فإن كانت هبته من جنس ما لا يوجب للثواب كالدنانير والدرهم فدعواه غير صحيح وقوله مردود ولا شيء له من العوض رواه ابن المواز عن مالك وروى ابن القاسم وأشهب لا يقبل دعواه أنه وهب للثواب وقد روى ابن المواز من وهب قعحاً وشعيراً ففيه الثواب وأما الذي لا ثواب فيه منه مثل الفاكهة أو الرطب يهدي للقادم قاله مالك وإن قام يطلب منه ثواباً لم يعط قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك أن الدنانير لا غرض في أعيانها وإنما يوجب للثواب ما يكون الغرض في عينه كالقمح والشعير والعروض والحيوان والعقار وأما الفاكهة فلم تجز العادة بطلب الثواب على ما يوجب منها للقادم ومثله وانما جرت العادة بأن توجب على سبيل التنازل فكانت محمولة على غالب المعتاد الآن يشترط غير ذلك فيها وقال أبو عبد الله محمد بن العطار وكذلك ما يهبه للفقر القادم من سفره من التصف كالتمر وشبهه (فرع) فإن كان قد فات فلا شيء له من الهبة ولا العوض وإن كان لم يفت فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب لا عوض له ولا له أخذه وإن لم يفت روى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر أن بعض أصحابنا يرى له أخذه إن لم يفت وجه القول الأول أن هبته محمولة على غير العوض فليس له أخذه هبة قد قبضت منه ووجه القول الثاني أنها لم تنفد واحتمل وقوله وتقوم بملكه ويده حلف وردت إليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وما جرت عادة الناس ببلدنا من اهداء الناس بعضهم إلى بعض الكباش وغيرها عند النكاح هذا قال الشيخ أبو عبد الله بن العطار أن ذلك على الثواب وكذلك رأيت القضاء في بلدنا قال أبو عبد الله لأن ضمان المهديين والمهدي اليهم على ذلك يريد أنه المعروف قال وذلك كالشرط ففضي للمهدي بهيمة الكباش حين قبضها المهدي إليه إن كانت بمجولة الوزن فإن كانت معلومة الوزن قضى بوزنها وإن كان المهدي إليه بعث إلى المهدي قدر من لحم مطبوخ أو أكل عنده في العرس حوسب به من قيمة هديته ولو كان هذا في بلد لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب وهذا الذي قاله عندي فيه نظر (مسئلة) ومن وهب له ولم يذكروا ثواباً ثم ادعاه فإنه ينظر إلى ناحية المعطى والمعطى فإن وهب غنى لفقر دابة أو كساء ثوباً أو أعطاه ما يرى أنه أراد به صلته فلا شيء له وإن وهب فقير لغنى فله الثواب رواه ابن المواز وقال أشهب في فقير وهبه غنى أو فقير الثواب على الغنى وهبه غنى أو فقير ووجه ذلك أن الفقير لا يطلب منه استقرار العوض والهبة للثواب مقصوداها المكارمة وإن تعوض المعطى أمثال ما صار إليه وهذا المعنى معدوم في الفقير وموجود في الغنى قال الشيخ أبو القاسم ومن وهب هبة مطلقة فادعى أنه وهب للثواب عمل على المعروف فيه

فان كان مثل الواهب يطلب الثواب على هبته فالقول قوله مع يمينه وان كان مثله لا يطلب الثواب على هبته فالقول قوله الموهوب له مع يمينه فان أشكل ذلك واحتمل الأمرين فالقول قول الواهب مع يمينه (مسئلة) ولا ثواب لذى سلطان فيما وهبه رواه ابن المواز عن أشهب لانه ليس مما يعرف ان ذا السلطان يطلب استقرار ثواب وانما يطلبه غيره منه وأما ما يهبه أحد للسلطان فقد قال الشيخ أبو اسحاق لا ثواب فيه والظاهر عندي من المذهب انه على الثواب وجه قول أبي اسحاق انه من أهدي اليه فانما يقصد التقرب منه فعلى ذلك تحمل هبته مع الاطلاق ووجه القول الثاني ان عطيته وهبته مقصودة بعوض وبغير عوض وهي من جملة ما يرغب التقرب اليه بسببها (مسئلة) قال الشيخ أبو اسحق وما أهدي الى الفقير فعلى غير الثواب وما أهدي هو فعلى الثواب والظاهر عندي انه أراد الثواب وأما الغنى فيجب أن يكون حكمه في ذلك حكم سائر الاغنياء (مسئلة) ولا ثواب على سيد فيما أهده اليه مولاة ووجه ذلك ان الظاهر انه انما يهدي اليه شكر الانعام عليه بالعتق (مسئلة) وأما هبة ذى الرحم فليست على الثواب قال ابن القاسم في المدونة الا ان يرى الناس انه وهبه للثواب مثل ان يطلب الموهوب له ما يستحسنه عند الواهب فيهبه اياه استقرار اللعوض فهذا محمول على الثواب ومعنى ذلك ان الملميين وجه الثواب فهو على غير الثواب ووجه ذلك أن هبته محمولة على صلة الرحم وكل هبة لها وجه غير الثواب في الاغلب فهي محمولة عليه (مسئلة) وهبة أحد الزوجين الآخر روى ابن المواز انها لغير الثواب قال في المدونة الا ان يرى انه أراد الثواب ومعناه ما تقدم وذكر القاضي أبو محمد في معونته ان في الهبة المطلقة وايتين احدهما انها تقتضى الثواب والثانية لا تقتضى الثواب وجه الرواية الاولى ان الملكيين متعينان وان المعاوضة مطلوبة بينهما ووجه الرواية الثانية ان العرف جار بان كل واحد منهما ما يتقرب الى الآخر بالهدية ويجب التقرب اليه وقد ذكر في كتاب الدور والارضين من المدونة فيمن تزوج امرأة تسكن في بيت بكراء فساكنها حتى انقضت المدة انه لا شيء على الزوج من الكراء الا ان تكون المرأة بينت له بذلك واعلمته بالكراء وقالت ان شئت فأده وان شئت فاخرج وذلك بمنزلة ان يتزوجها وهي ساكنة في دارها ثم طلبت كراءها فلا كراء لها وقال غيره عليه كراء مثلها الا ان يكون أكثر مما كترت به واختلاف ابن القاسم والغير مبني على الخلاف الذي ذكره القاضي أبو محمد في هذا الاصل في كتاب العدة من المدونة في المعتدة تعتد في مسكن بكراء فطلبت الكراء بعد تمام العدة أن لها ذلك ان كان موسرا حين السكنى وقال بعض شيوخنا الاندلسيين ان المسئلتين مختلفتان فقال القاضي أبو الوليد رحمه الله تعالى ومعنى ذلك عندي ان المعتدة سكنت في وقت لا يظن به الصلة وقد بسطت القول في هاتين المسئلتين في شرح المدونة والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا انها تقتضى الثواب مع الاطلاق ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم انها ادعت انها شرطت عليه الثواب تخلف على ذلك وتبرأ ووجه ذلك انها ادعت انها شرطت ما لا يقتضيه الاطلاق فان لم يكن لها بينة بذلك فالقول قول الزوج في انكار دعواها كادعائها سائر الشروط (مسئلة) وهذا حكم العطية بلفظ الهبة أو الهدية فأما لفظ الصدقة فلا ثواب فيه قاله الشيخ أبو اسحق واحتج لذلك بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية ومعنى ذلك ان مقتضاها القرية وذلك ينافي العوض والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في مقتضى هبة الثواب من الزوم أو الجواز)

الذي عليه ظاهر المذهب ان الهبة باللفظ لازمة للواهب فان أخذ المعطى قيمتها فلا سيل له اليها وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) فان زاد على هذا القول كان له منعه من قبضها فقد قال محمد ليس له منعه من قبضها ولا من بيعها والظاهر من قول أشهب انها وان كانت تلزم بالقول الآن للواهب منع المعطى من قبضها حتى يشبه وجه القول الاول ان مقتضى هبة الثواب الاستسلام وترك المشاحة وذلك مخالف للنع من القبض ووجه القول الثاني ان هذه معاوضة فكان للبائع امساك ما باع حتى يقبض الثمن كالبيع المطلق فان قبضها المعطى بغير اذن المعطى فقد قال أشهب يرجعها حتى يشبه وليس للواهب أن يبدوله وقال ابن القاسم لا يرجعها ويتسلم فان أنابه والاردها والقولان مبنيان على ما تقدم في منع الواهب الموهوب من قبضها والله أعلم وأحكم (مسألة) فان فانت الهبة فقد لزمت المعطى بالقيمة كنكاح التفويض يلزم بالدخول مهر المثل فان كانت القيمة التي تلزم في الهبة والثواب عين لم قبضها والرضا بها وان كان الثواب ديناً مثل ان يهبه داراً فيثبته منها ديناً في كتاب أبي محمد يجوز حل الدين أو لم يحل قال محمد يريد ان حواله ويريد اذا كان مما تقوم به الهبة في الاستهلاك من الدنانير أو الدراهم ولا يجوز أن يعوضه منها سكنى دار ولا خدمة عبد سنين لأنه فسخ دين في دين عند ابن القاسم وجوزه أشهب لأن قبض الرقبة لاستيفاء المنافع عنده قبض والله أعلم وأحكم

(الباب الرابع في تفاوت هبة الثواب وتلزم به القيمة)

وسياً في ذكره بعد هذا ان شاء الله

(الباب الخامس في حكم وجود العيب بها)

فانه ان اطلع على العيب قبل ان يشبه وقبل أن تفوت فان علم الواهب بالعيب فليس له الاقيمتها معيبة لأنهما عالمان بالعيب قاله محمد ووجه ذلك ان الواهب وهبها على انها معيبة فله قيمتها على ذلك وان لم يكن عالماً بالعيب فله قيمتها صحيحة غير معيبة كان فانت بحواله أسواق أو كانت جارية ففانت بوطء قاله أصبغ في العتية ووجه ذلك أن الرد بالعيب لا تفوته حواله الأسواق والواهب وهب على الصحة فلما أن رضى المعطى أن يشبه على ذلك أو يرد (مسألة) فان ظهر العيب بعد ان أنابه وقبل الفوات فله ردّها والرجوع في الثواب أو امساكها ولا يرجع بشئ مما أنابه وذلك كالبيع وقد قال محمد ان لم يعلمه بالعيب حتى فانت بحواله الأسواق لم يمتها صحيحة فان شاء حبسها بذلك والاردها وذلك انه أراد ان فوات الهبة الموجب لقيمتها بفوت سوق أو زيادة بدن أو وطء لا يمنع الرد بالعيب (مسألة) ولو كانت قد فانت بما لا يقدر على ردّها فأنا به ثم ظهر على العيب رجوع بقدر العيب مما أنابه به ان كان الثواب أقل من قيمة الهبة أو أكثر ظهر على العيب قبل أن يوفي القيمة أو قبل أن يشب لكانت عليه قيمتها معيبة (مسألة) فان وجد العيب بالعوض قبل ان يفوت فله ردّه قال ابن القاسم الا ان يكون في العوض المعيب مثل قيمة الهبة فلا يرد أو يكون أقل فستم له القيمة فلا يرد قال أشهب له ردّه كما ترد الهبة لأنه يرى ان لا يقبل من عوضه الا العين فأخذ العوض شراءه بالقيمة التي وجبت له واختيار له

(فصل) وقول عمر رضى الله عنه فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها تأول مطرف ذلك على ظاهره على أن له أن يرجع في هبته وان أعطى قيمتها الا ان يرض منها فجعل عقد الهبة للثواب غير

لازم للواهب ونحوه في العتية من سماع ابن القاسم عن مالك وقال مالك ليس له أن يرجع وان لم تخرج من يده واذا أعطاه القيمة فليس له أن يقول أنا راض وهذا قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون وهو معنى قول عمر رضي الله عنه فهو على هبته ما لم يرض منها يريد يعطى قيمتها * قال مالك ما ثواب مثلها أو ردها المعنى قوله ما لم يرض منها على قول مطرف ما لم يأخذ ما يرضيه وان كان قد أعطى أكثر من القيمة ومعناه على قول مالك ما لم يعط ما هو راضا عنه عند الناس وذلك القيمة والرضاء منها يعتبر في وجهين القدر والجنس فأما القدر فقد تقدم ذكره وأما الجنس فروى ابن المواز عن أشهب لا يلزم الواهب ما أعطى من غير العين إلا أن يراضيا على شيء يجوز وفي المدونة لابن القاسم ما أثابه من السلع مما يثاب بمثله فذلك يلزم الواهب اذا كانت قيمته قيمة الهبة وكان مما يتعاطاه الناس في ثواب الهبات بينهم ولا يلزم أن يشبهه حطبا ولا تبنا لأنه ليس مما يتعاطاه الناس بينهم في ذلك وجه قول أشهب ما احتج به من أن الذهب والفضة هي أصول الأثمان وقيم المتلفات فلا تكون القيمة الا منهما عند المشاحة ووجه قول ابن القاسم ان أعواض المبيعات على حسب العرف ولذلك كانت في بعض البلاد ورقا وفي بعضها ذهبا وكانت الدية على أهل الأبل بالألوة جرت العادة بأن يثاب الواهب بغير العين كان ذلك حكم ثوابها مع ما تيب عليه من التوسعة ولذلك صحت مع ترك قدر الثواب وذكر جنسه والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فيلزمه أن يختص الثواب بالعين التي تجرى في بلد الهبة وتلك السكك لأن التقويم إنما يكون بهادون سائر أنواع العين والسكك فان قلنا بقول ابن القاسم فعلى حسب ما قدمناه أنه أمر مصروف الى اختيار الموهوب له مع العرف (فرع) وهذا مع التشاح وأما مع التسامح نظرت فان كانت الهبة لم تفت بجوز أن يعوضه منها كليا يجوز أن يسلم الهبة فيه قال ابن القاسم في المدونة ان وهبه أو ثوبا فسطاطية لم يجزله عند مالك أن يشبهه منها أو ثوبا فسطاطية أكثر منها ولو وهبه حنطة لم يجزله أن يعوضه منها حنطة ولا مما يؤول ويشرب الآن يعوضه مثل طعامه في صفته وجودته وكيله (مسئلة) فان كانت الهبة حليا وقلنا بجواز هبته للثواب في المدونة يشبهه قيمة الحلوى عروضا ولا يأخذ دراهم ولا دنانير وان كان الحلوى من غير جنس الثواب يريد بعد أن يفتقا وقبيل أن يغيب الحلوى لجاز وفي الموازية يكون الثواب على حلوى الذهب ورقا وعلى حلوى الورق ذهبا فان في المدونة مبنى على اعتبار التناجز بالقبض في مجلس الهبة وبمحضرتها لانه مصرف وما في غير المدونة مبنى على اعتبار القبض في مجلس الهبة لانه بمعنى عدم القيمة بعد وفاة الهبة ولذلك قال شيب عن حلوى الذهب ورقا وعن حلوى الورق ذهبا والله أعلم وأحكم ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تغيرت عند الموهوب له للثواب زيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها * ش وهذا كما قال ان الهبة للثواب غير لازمة للموهوب له وان قبضها ما لم تتغير عنده زيادة أو نقصان في عينها فان حدث بها شيء من ذلك فقد فدت ردها الى الواهب ولزم الموهوب قيمتها هذا المشهور عن مالك ان الزيادة والنقص في البدن مما تفوت به الهبة للثواب وتلزم المعطى قيمتها وفي العتية عن ابن القاسم ان الزيادة لا يلزم بها المعطى قال وقاله مالك ثم قال ابن القاسم الغناء والنقص فوت ويعبر الموهوب له على الثواب وروى ابن المواز عن أشهب للموهوب ردها في الزيادة وأما معنى قول مالك ليس ذلك للموهوب في النقص وللاواهب في الزيادة ورواه ابن وهب عن مالك وأخذ به ابن عبد الحكم وقال ليس الرد الا باجتماعهما زادت أو نقصت وجه القول

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الهبة اذا تغيرت عند الموهوب له للثواب زيادة أو نقصان فان على الموهوب له أن يعطى صاحبها قيمتها يوم قبضها

الأول انه انما لم يمتد الهبة بالقبض لانه ضامن لما ذهب منها وكذلك تكون الزيادة له فيمنعه من الرد كالبيع ووجه القول الثاني ان العقد لما كان لازما في جنبه المعطى دون المعطى وكانت الزيادة للمعطى كان له تركها ويرد العطية وأما النقص فهو اتلاف بعض العطية فليس له أن يردها ناقصة فلزمته بالنقصان دون الزيادة (مسئلة) وأما حواله الأسواق عند ابن القاسم وأشهب فليست بفوت وقال أصبح اختلاف الأسواق فيها فوت وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان الفوت فيها كالقوت في البيع الفاسد في العروض والحيوان والرباع ووجه القول الثاني ان الهبة للشواب تنزل الى الزوم بالقيمة فكان تغير الأسواق مفيتها لها كالبيع الفاسد ووجه القول الاول أن هذه هبة يجوز ردها فلم يمنع ردها حواله الأسواق كهيئة الأب لابنه على وجه الاعتصار (مسئلة) والبيع فوت فان رجعت الى المعطى قبل أن تحول الأسواق فهو فوت ولا رد له رواه ابن المواز ووجهه على قول أشهب في البيع الفاسدين واضح وأما على قول ابن القاسم فان مات فوت به هبة الثواب فيما يتم به العقد الصحيح ويكمل بالقبول مع الإيجاب في البيع الصحيح وأما البيع الفاسد فانه لا يتم به البيع وانما يردده عما عقد عليه الى وجهه من الصحة لعدم الرد وتعدده ولو أمكن ذلك لما وجب امضاؤه فعلى هذا متى وجد ما يفوت به هبة الثواب وتجب به القبة فقد لزم العقد وتم ولا يثبت بخيار الرد زوال ما طاب به ولا عدمه ولذلك لو التزم قيمتها قبل الفوات لزمته القيمة ولو التزم ذلك في البيع الفاسد لم يلزمه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك انه بما يفوت به البيع الفاسد ففادت به هبة الثواب كالزيادة والنقص (مسئلة) (١) الموهوب له لأهبتها فالواهب أحق بها كالبيع الآن يشاء الغرماء أن يعطوه قيمتها ورأيت لبعض أصحابنا أن القيمة قيمتها يوم الهبة قاله ابن القاسم (مسئلة) ومن وهب جارية للشواب فوطئها الموهوب فذلك فوت يوجب عليه القبة وقال ابن القاسم في العتية روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون انه اذا غاب عليها فقد لزمه الثواب وان لم يبطأها ولم تتغير

(فصل) وقوله فقد لزمته قيمتها يوم قبضها يريد أنه ليس للموهوب ردها ان اختار ذلك وليس ذلك للواهب قال ابن القاسم الا أن يجتمعا على ردها قال مطرف وذلك اننا اذا قلنا انها تلزم الواهب باللفظ فانها اذا فادت لزمتهما جميعا وان قلنا لا تلزم الواهب باللفظ فلا خلاف أنها بالفوات قد لزمتهما وان وجد الاختلاف فيما تفوت به فاذا اتفقا بعد الفوات على الرد فان ذلك المعنى الاقالة في البيع (مسئلة) فان اتفقا على الرد جاز ذلك وكيف صفته قال محمد بعد معرفتهما بما لزم المعطى من القبة ثم رجع محمد فقال يجوز اذا رضى بربدها وان لم يعرف القبة لانها هبة (٢) الآن يوجهها له على قيمتها يريد أن يثبها منه بالقيمة المجهولة وجه القول الأول ما احتج به محمد ان القيمة مجهولة فلا تجوز المعاوضة بها ووجه القول الثاني وهو قول ابن القاسم ان ردها فسخ العقد الأول فلم يرجع الى معرفة القيمة كالرد بالعيب بعد فوات السلعة بالقبض فان له امساكها بما يلزمه من العيب بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه من العيب بعد طرح ما ينوب قيمة العيب من الثمن قبل العلم بما يلزمه بعد التفويض فبان يجوز ذلك مما لا يحتاج الى تقويم واحد أو لى وأخرى (فصل) وقوله فان على الموهوب له أن يعطيه قيمتها يوم قبضها قال محمد يوم قبضها أصوب ووجه الرواية الاولى أن العقود التي لا تلزم ولا تنزل الى التمسك بزيادة أو نقصان فانما يراعى يوم القبض قيمة العقود عليه كالبيع الفاسد لان المعطى انما ضامن بالقبض ووجه الرواية الثانية ان الهبة قد لزم

الواهب بالقبول فاذا فاتت ولزمت المعطى وجب أن يلزمه بقيتها يوم لزمت المعطى لان المعطى له أن يأخذها بما فيها من الزيادة قبل القبض فيجب أن يكون عليه نقصها قبل القبض كبيع الخيار اذا رضي مشروط الخيار المبيع فله ما حدث في مدة الخيار من الزيادة وعليه النقص وليس له أن يقول أنا آخذوه ويحط عني نقصه في مدة الخيار وانما قال ابن المواز يوم القبض أصوب لان الهبة للشواب بالقبض تأثرا في لزومها لانها لو بقيت في يد الواهب لم تفت بزيادة ولا نقصان وانما تفت بذلك اذا حدث عند المعطى في بيع الخيار وانما يستند الخيار الى العقد لا الى القبض ولان المبيع بالخيار انما ينفذ به بالثمن المسمى والهبة للشواب بالقيمة فوجب أن تراعى فيه يوم القبض كالبيع الفاسد

﴿الاعتصار في الصدقة﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيئا من ذلك لانه لا يرجع في شيء من الصدقة ﴾ ش وهذا كما قال ان من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك لأمر نفسه أو الصغير في حجره فليس للتصدق اعتصارها اذا قبضت وحيزت لان الصدقة لا اعتصار فيها لانها على وجه القرية وما كان من العطية على وجه القرية فلا اعتصار فيه وقد تقدم من قولنا ان العطايا المنفردة بالازمة بالعقد وانما قال قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته ليدكر أقوى وجوهها في حيازة الابن الكبير لنفسه ثم ذكر أصعب وجوهها وهو أن تصدق على ابنه في حجره فيقضى على الشاهد بالصدقة ولم يذكرا الحيازة له فلا اعتصار له في أحد الوجهين لما احتج به من انه لا يرجع في شيء من الصدقة ومعنى ذلك ما يأتي بعده من انه لا يجوز أن يشتري صدقته ويأخذها بعوض فبأن لا يكون له أن يأخذها بغير عوض أولى (مسئلة) فان أي بلفظ محتمل للقرية وغيرها كالهبة والتحل والعطية فان قرن به ما يقتضي القرية كقوله هبة لله أو لوجه الله أو لطلب الأجر أو لصله رجه فقد قال ابن الماجشون لا يعتصر هذا ووجه ذلك ان هذا مال يخرج عن وجه القرية فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة (مسئلة) ومن وهب هبة يريدها الصلة فقد قال سحنون لا يعتصرها كالصدقة وذلك أن يكون له ابن أو ابنة محتاجان صغير في حجره أو كبير بائن عنه وقد يكون الابن الصغير يصله لما يخاف عليه من الخصاصة وانما يقتضى هبته أو عطيته لابنه الذي في حجره أو البائن عنه اذا كان ذامال كثير ووجه قول سحنون ان ظاهر هبته ومعناها القرية وذلك يمنع الاعتصار كما لو صرح بانها لله تعالى ووجه القول الثاني انها هبة لم يقرن بها ما يخلصها للقرية فلم يمنع ذلك اعتصارها كالهبة للغير وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير بل قد يصل الغني وغيره فلا يمنع ذلك الاعتصار (مسئلة) فاذا قيد الهبة أو العطية أو الصلة فقال اني قد سلطت عليها حكم الاعتصار فلا خلاف في المنع في جواز الاعتصار للأبوين ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقله ماروي النعمان بن بشير ان أمه أتت به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحللت ابني هذا غلاما فقال أكل ولدك نحللت مثله قال لا قال فارتجعه فوجه الدليل من ذلك انه قد كان وهب لابنه الغلام ثم أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالارتجاع ولو لم يكن الارتجاع بهبته لمنه جازا لما أمره بذلك ومن جهة المعنى ان الابن قد أضيف الى الأب مع ماله في الشرع فكان لذلك تأثير في انتزاع ما بيده كالعبد (مسئلة) ولا يجوز ذلك لغير الأبوين خلافا لأبي حنيفة والدليل على ما نقله ماروي ابن

﴿الاعتصار في الصدقة﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه ان كل من تصدق على ابنه بصدقة قبضها الابن أو كان في حجر أبيه فأشهد له على صدقته فليس له أن يعتصر شيئا من ذلك لأنه لا يرجع في شيء من الصدقة ﴾

عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ودليلنا من جهة المعنى ان من لا يلي ماله الا بتولي لم يرجع في هبته كالابن يهب أباه (فرع) فاذا ثبت ان الاعتصار جائز في الهبات والعطايا فان أطلق لفظ الهبة أو النحلة فان له أن يعتصر قاله ابن الماجشون وأصبخ في العتية ووجه ذلك ان هذه عطية لم يقترن بها ما يخلصها للقر به فجاز فيها الاعتصار كالتى شرط فيها الاعتصار ص **قال** وسمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فمن نحل ولده نحلأ وأعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يدينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً بعد أن تكون عليه الديون أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتكبح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللحال الذى أعطاه أبوه فبريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاه أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك اذا كان على ما وصفت لك **ش** قوله الأمر المجتمع عليه عندنا يريد أهل المدينة على ساكنها السلام ثم قال فبين نحل نحلأ وأعطاء عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يخص الولد بذلك لان الظاهر من مذهب مالك انه لا يعتصر الا الأبوين من الابن والابنة صغاراً كانوا أو كباراً فاما الجد والجددة فاختلف قول مالك فيهما فروى عنه ابن وهب لا يعتصر ولا يلزمه النفقة ويرث معه الاخوة ولا يكون بيده بضع بنات الابن وروى عنه أشهب ان الجد والجددة يعتصران كالأبوين وبه قال ابن عبد الحكم ووجه القول الأول وهو المشهور من المذهب ان الجد لا يلزمه النفقة فلم يكن له الاعتصار كالم ووجه القول الثانى انه أدلى بالأبوة ويقدم في الميراث على الاخوة كالأب (مسئلة) اذا ثبت ان الأم تعتصر فانها لا تعتصر من يتيم قال ابن المواز الهبة لليتم للاشفاق عليه وخوف ضياعه وهذا معناه الصلة والقر به فلذلك كان حكمها حكم الصدقة وقد روى ابن القاسم عن مالك للاب أن يعتصر وان لم يكن لولده أم وليس للام أن تعتصر اذا لم يكن لولدها أب لان اليتيم من قبل الأب لا من قبل الأم وهذا قول جمهور أصحاب مالك وروى ابن المواز عن أشهب ان اليتيم اذا كان غنياً فان للام أن تعتصر منه كما تعتصر من الكبير قال مالك للام من الاعتصار مال للاب ووجه ذلك انها أحد الأبوين فجاز أن تعتصر وان مات الآخر كالأب (فرع) فاذا قلنا لا تعتصر الأم من اليتيم فوهبت ابنها الصغير في حياة أبيه ثم مات الأب لم يجز لها أن تعتصر وان كبر ولو كبر الابن قبل أن يموت أبوه ثم مات الأب كان لها أن تعتصر لان الصغير قد انقطع عنه الاعتصار (مسئلة) وتعتصر الأم ما وهبت لابنها الكبير لأب له لانه خرج عن حد اليتيم ومعنى ذلك أنه لم يكن يتماحجن الهبة ولا بعدها الى وقت الاعتصار وذلك ان ما بنا في الاعتصار وقت الهبة من اليتيم ان وجد قبل الاعتصار منع الاعتصار لانه ينافيه في جميع أحوال الهبة ويغريها عن حكم الهبة الى حكم الصدقة (فصل) وقوله فله أن يعتصر ما لم يحدث الولد ديناً يدينه الناس به من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه أبوه لم يكن للاب أن يعتصر لان ذلك يذهب أموال الناس وقد صار ذلك الحال للموهوب من أجل ذمته التى تعلقت حقوق الناس بها وذلك يمنع الاعتصار (فرع) ولو كان الابن مدياناً فوهبه الأب فقدر روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان الأب اذا وهب ابنته المزوجة أو ابنه المريض أو المديان لم يعتصر كما لو تقدمت العطية على هذه الحوادث قال أصبخ اذا كانت واحدة كالحال يوم الهبة فله الاعتصار ووجه القول الأول ان ما منع الاعتصار اذا حدث بعد الهبة يمنعها اذا كان موجوداً وقت

قال وسمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فمن نحل ولده نحلأ وأعطاه عطاء ليس بصدقة ان له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد ديناً يدينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذى أعطاه أبوه فليس لأبيه أن يعتصر من ذلك شيئاً بعد أن تكون عليه الديون أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتكبح المرأة الرجل وانما تنكحه لغناه وللحال الذى أعطاه أبوه فبريد أن يعتصر ذلك الأب أو يتزوج الرجل المرأة قد نحلها أبوها النحل انما يتزوجها ويرفع في صداقها لغناها ومالها وما أعطاه أبوها ثم يقول الأب أنا أعتصر ذلك فليس له أن يعتصر من ابنه ولا من ابنته شيئاً من ذلك اذا كان على ما وصفت لك

المهبة كاليتيم ووجه القول الثاني ان دينه لم يتعلق به من أجل المهبة فلا يمنع اعتصارها وانما يمنع الاعتصار دين بسبب المهبة (فرع) واذا وهب الرجل ابنه الكبير الغني المهبة اليسيرة التي يرى انه لا يدين بمثلها فاذا تزوج فقد قال ابن الماجشون ذلك يرفع الاعتصار وقال مطرف عن مالك لا يمنع ذلك الاعتصار وقاله ابن القاسم في العتية وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من ان تلك المهبة قد قوته على ذلك ووجه القول الثاني انه لم يتعلق بهذه المهبة حق أدى لانه لم يدين ولم

يتزوج من أجلها

(فصل) وقوله أو يعطى الرجل ابنه أو ابنته المال فتسكن المرأة الرجل انما تسكنه لغناه وللمال الذي أعطاه أبوه أو يتزوج الرجل المرأة قد أعطها أبوها النحل انما يتزوجها لما لها وما أعطها فليس للاب أن يعتصر يريد أن النكاح قد يفسد فيه المال ولذلك روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تسكن المرأة لدينها وكما لها وجاها فانظر بذات الدين تربت يداك فاذا كان المال من اغراض النكاح وكان أحد الزوجين قد تزوج الآخر من أجل عطية أي به فليس للاب أن يزيل تلك العطية فتبطل زيادة من زاد في نكاحه من أجلها ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده فقد روى عيسى عن ابن القاسم لا يعود حكم الاعتصار سواء دخل أو لم يدخل بها ووجه ذلك أن الأب قد عرض لذلك فاذا تعلقت به حقوق الناس لم يكن له ابطالها كالأولاد لغيره في التجارة بما لم يكن للسيد فيه ملك ونص عليه في الموطأ أن حكمه في ذلك حكم الاتي وروى ابن حبيب عن ابن دينار أن نكاح الولد الذي كره بعد المهبة لا يمنع الاعتصار وقال لان الولد الذي كره دخل في ما يخرج منه يده ودخلت الابنة فيما يخرج منه يدها غيرها ووجه قول عبد الملك أن حق الزوجة قد يتعلق بحال الزوج كما يتعلق حق الزوج بحال الزوجة بل يتعلق حق الزوجة بحال الزوج أقوى لما فيه من المداينة ولا يجب لها من النفقة والسكوة والسكنى في ماله فان كان نكاح الابنة يقطع الاعتصار فبأن يقطع نكاح الذكور أولى (مسألة) وينع الاعتصار مرض المعطى فان مات المعطى فروى عيسى عن ابن القاسم انه يمنع الاعتصار ورواه ابن حبيب عن مالك لا يعتصر مريض ولا يعتصر منه فأما المريض فانه لا يعتصر لانه يعتصر لغيره من الورثة وليسوا بأبائه ولا يعتصر الا الأب وأما المريض فلا يعتصر لان حقوق الورثة قد تعلقت بماله كما لو تعلقت حقوق الغرماء بماله لا يمنع الاعتصار (فرع) فان زال المرض فهل يعود الاعتصار روى عيسى عن ابن القاسم يعود حكم الاعتصار بخلاف النكاح والدين قال أصبح مازال به الاعتصار من مرض أو غيره يوما واحدا فلا يعود بزواله وجه القول الأول ما احتج به مطرف من ان المرض لم يحدنه الولد والدين والنكاح بسببه فنع ذلك أن يعود به الاعتصار ووجه آخر وهو ان المرض الذي يؤثر في الهبات انما هو المرض الذي يتصل بالموت وأما المرض الذي يتصل به البرء فلا تأثير له فيها ووجه القول الثاني ان الاعتصار اذا زال بسبب لم يعد زواله كالنكاح والدين (مسألة) وتغير المهبة على وجهين في ذاتها وفي قيمتها فاذا تغيرت في قيمتها بتغير الأسواق لم يمنع ذلك الاعتصار قاله مطرف وابن الماجشون وأصبح ووجه ذلك ان المهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا يتعلق بها ولا تأثير له في قيمتها فلم يمنع الاعتصار كنقلها من موضع الى آخر (مسألة) وأما تغيرها في عينها ونقصها فلا يمنع اعتصارها وقال أصبح ذلك يمنع اعتصارها وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم ووجه قول مطرف ان نقص المهبة وزادتها لا يمنع الاعتصار كنقص القيمة ووجه القول الثاني أن تغير حال ذمة المعطى يقطع الاعتصار فبأن يمنع تغير المهبة في نفسها أولى وأحرى (فرع)

واللارب أن يعتصر ما وهب ابنه وابنته من الدنانير والدرهم الآن يجعلها حلياً فليس له اعتصارها قاله مالك ورواه سحنون عن ابن القاسم ووجه ذلك أن هنا تغير في الهبة يمنع الاعتصار كالزيادة والنقصان فيها (مسئلة) فإن كانت جارية فوطئها الابن فالذي قاله مالك وابن القاسم وأكثر أصحابنا أن الوطء يفسدها وإن كانت ثيباً ولم تحمل وقال المغيرة لا يمنع الوطء الاعتصار وبه قال ابن الماجشون وقال ويوقف حتى تستبرأ فإن حلت بطل الاعتصار وجه القول الأول أن الوطء غير ما أبيع من تمام ملكه ويكمل كاحد الشر يكتن بأذن لشريكه في وطء الجارية ووجه القول الثاني أن وطء المعطى لا يوجب الانتزاع كوطء العبد إذا أعطاه إياه سيده (مسئلة) فإن خلاها الابن وادعى الوطء فإنه يمنع ذلك اعتصارها قاله يحيى بن عمر وفي كتاب الاستبراء من المدونة أن للارب أن يعتصرها من ابنه الكبير ويستبرئ إذا غاب عليها ولم يذكر أنه ادعى وطأً والظاهر أنه لم يدعه والله أعلم وأحكم ووجه ذلك أن ادعاء الوطء مع امكانه بالخلاء مؤثر في الحكم كالزوج يخلو بزوجته وتدعى عليه الوطء قال القاضي أبو محمد أو يكتب العبد وعلى هذا عندى يجب أن يكون العتق والتدبير والاستيلاء وفوات العين ببيع أو هبة أو ما يكال أو يوزن أو يعد فقد قال القاضي أبو محمد إن خلطه الابن بمثله فلا سيل للارب إلى اعتصاره قال لأن ذلك جرى مجرى اتلافه وذلك يمنع الرجوع فيه

﴿ القضاء في العمرى ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيا رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطها أبداً لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث ﴾ ش معنى العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فسميت عمرى لتعلقها بالعمر وإنما تناول الأعمار هبة المنافع لا هبة الرقة وقال النبي صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها يريد والله أعلم أن ما أعطى من المنافع يكون له ولعقبه ولا تبطل لعقبه بعد موته ولا ترجع بذلك إلى الذي أعطها لانه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث فوجب أن ينفذ عطيته على ما أعطها من وجوب التوارث فيها وإن بتقل المنافع إلى عقب المعطى بعد موته وهذا كله راجع إلى المنافع ومتعلق به دون رقة الدار لأن رقتها لم يعطها عطاء وقعت فيه الموارث ولا غيره ولا خرجت عن ملكه وفي معنى هذا الحديث ثمانية أبواب ﴿ أحدها في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها ﴾ والباب الثاني فيمن يصح منه التحبس ومن يصح عليه وما يصح تحبسه ﴿ والباب الثالث في دخول العقب مع المعطى أو ترتيبه بعده ﴾ والباب الرابع في معنى العقب والذرية والبنين والمولى ﴿ والباب الخامس في قسمة منافع العمرى ﴾ والباب السادس في استحقاق القسم فيها بالولادة وانتقاله بالموت ﴿ والباب السابع فيما يجوز من بيع العمرى والحبس ﴾ والباب الثامن في من تعود إليه منافع العمرى والحبس بعد موت المعمر ومن حبس عليهم

(الباب الأول في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها)
إذا ثبت أن العمرى هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه فقد سمي الملك عمرى لجواز أن تعلق العمرى بمنافعه وقد روى ابن القاسم عن مالك من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه رجعت إلى صاحبها إن كان حياً أو إلى ورثته يوم مات إن كان ميتاً وقال أبو حنيفة

﴿ القضاء في العمرى ﴾
﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيا رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطها أبداً لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث ﴾

والشافعي يكون ملكا للعمير ولعقبه بعده فان مات ولا عقب له فليبت المال ودليلنا من جهة القياس
 أن تعليق الملك بوقت معين يقتضي تملك المنافع دون الرقبة لأن تعليق الملك لوقت ينتهي اليه يمنع
 ملك الرقبة لملك الرقبة بمعنى عزيده أو نزول المطر (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان للعمري الألفاظ تمنع
 نيتها ونذكر ما يقرب منها مما يخالفها وذلك اذا كان معنى العمري هبة المنافع دون الرقبة فان كان
 ما كان من الألفاظ يقتضي هذا المعنى فان حكمه في ذلك حكم العمري وان اختلفت في بعض
 الأحكام ومن ذلك أن يقول أسكنتك هذه الدار عمري أو وهبتك سكنها عمرك وفي المدونة عن ابن
 القاسم فبين قال أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت الى صاحبها وكذلك لو قال هذه الدار لك
 ولعقبك سكني وفي المجموعة والموازية عن ابن القاسم وأشهب اذا قال هي لك صدقة سكني فليس
 له الاسكنها صدقة دون الرقبة قال محمد حياته (مسئلة) وأما اذا قال هذه الدار حبس على
 فلان ولم يزد على هذا فقد قال عبد الملك في المجموعة انها عمري وقال في الموازية هي حبس وروى
 ابن وهب عن مالك في الحبس على المعينين لها بمعنى العمري وقال في الموازية اختلف فيها قول ابن
 القاسم وترجع فيها قول مالك فوجه قول مالك انها عمري بما قدمناه من أن الحبس انما يقتضي
 هبة المنافع فاذا قال على فلان اقتضى ذلك اختصاص الهبة دون غيرها من وارث أو غيره وذلك
 يقتضي أنه انما وهب المنافع دون مدة عمره وذلك بمعنى العمري ووجه القول الثاني ان لفظ الحبس
 ظاهره يقتضي المنع من رجوع المنافع اليه لان معنى الحبس أن تكون المنافع محبوسة على وجه
 نص عليها أو آخر تعيينها واذا حبسها على فلان انصرفت اليه منافعها عمره فاذا انقضى عمره لم يرجع
 الى الحبس لانه معنى يمنع ذلك (فرع) اذا ثبت ذلك فان كان الحبس حيا ففي كتاب ابن المواز
 عن مالك يسأل عما أراد من عمري أو حبس فيحصل على ذلك ويقبل قوله فيه فان مات قبل أن يسأل
 فقد اختار ابن المواز أن يعود ميراثا لورثته ويجوز أن يجري في ذلك الخلاف المتقدم لانها مسئلة
 الخلاف التي قدمناها وانما قبل قوله لما أحتمل الوجهين جميعا فكان هو أعلم بما أراد من ذلك فيحصل
 عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن قال دارى هذه حبس لاتباع ولا توهب ما عاش الحبس عليهم
 ففي كتاب ابن المواز عن مالك انه حبس مؤبد ووجه ذلك ان قوله لاتباع ولا توهب تصرح في
 تأييد الحبس وان كان قد علقه بهذه لان العمري فيها (١) والبيع اقتضى ذلك
 الحبس المؤبد لانه الذي يحتص (٢) وقد قال القاضي أبو
 محمد اختلف أصحابنا في مخرج قول مالك في ذلك فذهب من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط ومنهم
 من قال على رواية واحدة انها حبس والله أعلم وأحكم ولو قال دارى حبس على فلان وولده فان كان
 ولده معينين مثل قوله دارى حبس على فلان وبنيه زيد وعمرو وخالد فهذه المسئلة المتقدمة وان قال
 مع ذلك وعلى من يحدث له بعد من ولد في المجموعة عن عبد الملك انها حبس لتعلقها بمجموعين وان
 لم يرسم الأولاد في قوله هي حبس على فلان وولده أو على فلان وعقبه أو على قوم غير معينين كبنى
 نعيم أو فريش أو قال حبسا مؤبدا أو حبسا لاتباع قال ابن عبادوس عن معنون فهو كقوله لاتباع ولا
 يوهب أو حبسا صدقة على قوم معينين أو غير معينين فان هذا لم يختلف فيه قول مالك في أنه ترجع
 منافعه الى الحبس عليهم كما لو قال جعلت دارى مسجدا ووجه ذلك ان هذه تقتضي التأييد فحملت
 على مقتضاها وأما قوله حبسا صدقة فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون هي عمري ان لم يذكر
 عقبا ولا يمنع البيع وبه قال ابن كنانة وقال القاضي أبو محمد اختلف أصحابنا في مخرج قول مالك

في ذلك ففهم من قال انها على روايتين كقوله حبسا فقط . ومنهم من قال على رواية واحدة انها ترجع حبسا (مسألة) ومن قال حبست هذه الدار ولم يزد على ذلك ولم يزد كرمطرف الحكم الى معين ولا غيره فانه يصح الحبس ويلزم قاله ابن المواز عن مالك وأشهب خلافا للشافعي في أحد قوليه لا يصح ذلك وأما من قال داري هذه عمرى فلا يلزمه شيء حتى يذكروا العمرى والفرق بينهما ان لفظ التحييس أكثر ما يستعمل على وجه القرية ولفظ العمرى لا يستعمل في القرية فأشبه الصدقة والهبة (مسألة) وأما لفظ التوقيف فقد قال القاضي أبو محمد ان لفظ التوقيف صريح في تأييد الحبس فلا يرجع ملكا أبدا لان مفهوم هذه اللفظة في العرف التبتل على وجه التأييد وتمليك المنافع على الدوام (مسألة) وأما لفظ الصدقة فان أراد به تمليك القرية فهو على ما أراد كالهبة وان أراد به معنى الحبس فان كان على معين ولم يقرن به ما يقتضى التأييد ففيه روايتان على ما تقدم في الحبس قال ذلك كله القاضي أبو محمد في معونته قال وذكر ابن عبدوس عن بعض أصحابنا في الذي يقول ملكى هذا صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا انه يكون ملكا لآخر العقب من رجل أو امرأة يتصرف فيه بما شاء من بيع أو غيره قال وأكثرا أصحابنا يرونه حبسا وجه القول الأول ان لفظ الصدقة وان كان ظاهرا تمليك القرية الا انه لما علق ذلك بمعين وعقبه علم انه لا يصح أن يملكها الأول منهم لان ذلك يمنع عقبه من ملكها فاقضى ذلك تمليك القرية آخر العقب وهذا الذي حكاه القاضي أبو محمد موجود في المذهب في الموازية عن ابن القاسم عن مالك عن الرجل يقول داري صدقة على فلان وولده ما عاشوا انها ترجع اذا انقضوا مرجع الاحباس وروى في الموازية أشهب عن مالك قال ان لم يبق من العقب الابنت ان لها يسع الدار وقال ابن القاسم وقدرى ضر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر أن عمر تصدق بماله يقال له نعم فقال يارسول الله انى استفتت ما لا هو عندى نفيس فأردت أن تصدق به فقال النبي صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمره فتصدق به عمر فصدقته تلك في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين والضيف وابن السبيل ولدى القربى لإجناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقه فاستعمل لفظ الصدقة فيها معناه التحييس ووجه الرواية ان تعليق الصدقة بجماعة ينتقل اليه بعد انقراض بعض بنيها ان المراد بذلك الصدقة بالمنافع دون القرية لان القرية لا يصح فيها نقلها بالصدقة عن قوم الى قوم وانما يصح ذلك في المنافع وهذا معنى الحبس والله أعلم وأحكم (مسألة) وهذا الذي قاله اذا عرأ لفظ الصدقة عن لفظ التحييس فان اقترن به ما يقتضى تبديل الصدقة فهو على ذلك وان اقترن به من صفة المتصدق عليهم أو صفة الصدقة ما يقتضى التخيير فهو على ذلك واذا عرأ من ذلك فقد قال القاضي أبو محمد انها لا تكون بمعنى التحييس لان الصدقة ظاهرها تمليك القرية وانما يصرف الى المنافع (مسألة) اذا ثبت ذلك فان الحبس وما في معناه باي لفظ كان تبقى القرية على ملك الحبس والشافعي ثلاثة أقوال أحدها مثل هذا والثاني ينتقل الى الموقوف عليهم والثالث ينتقل الى البارئ تعالى والدليل على ما نقله ومن جهة المعنى انه بدل المنافع فلا تخرج بذلك القرية عن ملك الباذل بالعارية ودليل ثان ان كل ما لا يصح عتقه فلا يجوز للمالك عن رقبته ويبقى الملك على منافع كالحیوان والعروض

(الباب الثاني فحين يصح التحبيس منه ومن يصح التحبيس عليه وما يصح تحبيسه)
 التحبيس في الأصل جائز يلزم في الحياة والموت ولا يفتقر الى حكم حاكم والمشهور عن أبي
 حنيفة انه لا يجوز ولا يلزم وأصحابه المتأخرون يحكون عنه انه جائز ولكن لا يلزم الا بأحد أمرين
 اما بحكم حاكم أو بوصى في مرضه أو يوقف بعد موته فيصح ويكون من ثلثه كالوصية الا أن يكون
 مسجدا أو سقاية فان ذلك يلزم ولا يفتقر الى حكم حاكم وهذه المسئلة التي كلف فيها أبو يوسف ماله
 في مجلس الرشيد فظهر عليه ماله وقال له هذه أو قاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل
 المدينة خلفهم عن سلفهم يشير الى الخبر المتواتر فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهب أبي حنيفة
 وهذا فعل أهل الدين والعلم في الرجوع الى الحق حين ظهر وتبين وراى أصحابه المتأخرون الاعتذار
 لقوله القديم لما قدمناه والدليل على ما نقوله مع ما قدمناه قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا
 بالعقود ومن جهة السنة ما روى نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب أصاب بخبير أرفأ في النبي
 صلى الله عليه وسلم فقال انى أصبت أرفأ لم أصب مالا قط أنفوس منه فكيف تأمرني به قال ان شئت
 حبست أصلها وتصدق بها فتصدق عمر انه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث بل في الفقراء والأقربين
 والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم
 صديقا غير مقول به ودليلنا من جهة المعنى انه تحبيس عقار على وجه القرية فلم يفتقر الى وصية
 ولا حكم حاكم كالمسجد والمقبرة (مسئلة) اذ اثبت ذلك فان له في تحبيس الرباع واعماله اقولا
 واحدا وهو الجواز وأما الحيوان والعروض ففي الموازنة عن مالك انه كره الحبس في الحيوان وقد
 قال ابن القاسم في المجموعة من أمر دابته أو داره أو عبيده في حياته جاز ويرجع بعد موته الى ورثته
 قال ابن القاسم في العتبية لم أسمع من مالك في تحبيس الثياب شيئا ولا بأس به وقال أشهب ذلك جائز
 (فرع) اذ اثبت ذلك فان قلنا بالجواز وجب أن يكون ذلك لازما لموافقة الشرع مع كونه من
 العقود اللازمة وان قلنا بكرهه ذلك ففيه روايتان احدهما الجواز والثانية اللزوم وقال
 القاضي أبو محمد ومن أصحابنا من قال في الخيل قولوا واحدا وانما الخلاف في غيرها وروى ابن المواز
 عن مالك انه كره الحبس في الحيوان فان وقع أمضاه وان أراد تغييره الى ما هو أفضل للعين وأحب الى
 الله تعالى فذلك له وقال أشهب الحبس في الحيوان لازم على ما شرط كالرباع وجه اللزوم قول
 النبي صلى الله عليه وسلم ان خالدا حبس أدرأه وأعبده في سبيل الله ومن جهة المعنى انه أصل ببق
 ويصح الانتفاع به كالعقار ووجه القول الثاني ان التحبيس يقتضى التأيد وذلك مختص بالعقار
 دون ما ينقل ويحول (مسئلة) ولا يصح أن يوقف الرجل ملكه على نفسه خلافا لأبي يوسف
 والدليل على ذلك ان من ملك شيئا بجهة من الجهات لم يصح أن ينقله الى غير تلك الجهة من ملكه كمالو
 وهب نفسه ماله وقال الشيخ أبو اسحق من حبس على نفسه وعلى جيرانه صح حبسه ودخل معهم
 وانما يرد ما حبس على نفسه خاصة (مسئلة) ومن قال دارى هذه حبس أو موقوفة ولم يذكر وجهها
 تصرف اليه فان ذلك يحمل على المقصود باحباس تلك الجهة ووجه الحاجة فيها وقال ابن القاسم في
 العتبية يكون للفقراء والمساكين قيل له انها بالاسكندرية قال يجتهد الامام في ذلك ووجهه ان معظم
 البلاد معظم حاجتها في اعطاء المساكين لانها أحد وجوه البر وأعمها وأما الثغور فربما كانت الحاجة
 الى ما يصرف في وجوه الجهاد آكد فينظر في ذلك الامام فيصرف الاحباس المطلقة الى ما هو آكد

حاجة وأعم وقت عقد التحيس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو حبس ذمي دارا على مسجد في العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك ورواه عن بن عيسى عن امرأة نصرانية بعثت ديناراً إلى الكعبة أي جعل في الكعبة قال يرد إليها ووجه ذلك أن هذه أموال هي أظهر الأموال وأطيبها وأموال الكفار أبعد الأموال عن ذلك فيجب أن تنزه عنها المساجد (مسئلة) ولو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندي أن يرد لأنه قد صرف صدقته إلى وجه معصية كما لو صرفها إلى شرب الخمر واعطائه أهل الفسق (مسئلة) روى عمر بن زياد عن مالك أنه كره إخراج البنات من الحبس إذا زوجن وفي رواية ابن القاسم عنه ذلك من عمل الجاهلية ووجه ذلك ما تقدم من المنع من تفضيل بعض البنين بالعتلاء لا سيما مع ما فيه من شبهة فعل أهل الكفر واحتجبت عائشة رضي الله عنها بذلك بقوله تعالى وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا (فرع) فإن وقع ذلك فقد روى ابن القاسم عن مالك الشأن أن يبطل قال الشيخ أبو إسحق ومن أخرجهن عنه بطل تحيسه وكذلك من شرط أن من تزوجت منه بطل حقها إلا أن يرد هاراد وينقص ذلك حتى يرد هاراد إلى الفرائض قال ابن القاسم أرى أن فات ذلك أن يضمن على ما شرط وإن كان حيا لم يجز عنه أن يرد هاراد ويدخل فيه البنات وروى عيسى عن ابن القاسم نحوه وأنكر هذه الرواية لسهنون والخلاف في هذه المسئلة مبني على ما تقدم من الخلاف فيمن وهب بعض بنينه دون بعض قال ابن المواز وإن نقص إذا لم يأت المحبس عليهم وهم كبار فإن أبوالم يفسخ وإن كان حيا

(الباب الثالث في دخول العقب مع المعطى)

الأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه وذلك أن إعطاء المنافع في العمرى أو الحبس لا يخلو أن يكون لغير معينين أو لمعينين وغير معينين فأما غير المعينين فكمن قال أعمار هذه الدار ولد فلان أو عقبه في الموازية والعتبية من حبس على ولده دارا فولد له أولاد فانهم مع الآباء في حياة الأب وكذلك قال مالك في المجموعة وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك أنه بمنزلة قوله ولدي وولد ولدي يبدأ بالآباء فيورثون وإن فضل فضل كان لولد الولد قال عبد الملك كان مالك يؤثر الأهلين وكان المغيرة وغيره يسوون بينهم وهو أحب إلى وقال عبد الملك عن أشهب لا يكون الأب أولى مع استواء الحاجة وجه القول الأول ما احتج به عبد الملك قال يقول الله تعالى بوصيكم الله في أولادكم فكان ولد الولد كالولد في ذلك ومن جهة المعنى أن اللفظ يتناول واحدا فوجب أن يتساوا ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز أن شأن الإحساس أن يؤثر أقربهم من المحبس وكان الأولى أن يحتج بالآية لمالك وابن القاسم أن الآباء يبدون في الميراث قوله ولدي يتعدى إلى ولد الولد وتما قول هذا أن يقول القائلين في بعض أحكامه يقتضي أنه إذا قال ولدي فإن ذلك يتناول من يكون من ولده ما تناسلوا وكذلك إذا قال ولد ولدي وهو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه (مسئلة) وأما إذا قال قلنا يؤثر الأقرب في قوله ولدي فبأن يؤثر ههنا الأقرب أولى وإذا قلنا قوله ولدي فقد تقدم وفي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فحين حبس على ولده وأعقابهم ثم بقي بنوه وبنو بنيه فإنه يسوى بينهم مع استواء الحال (فرع) بين الأهلين فإن ذلك تساوى حال في الحاجة يبدأ الأهلون ويعطى مافضل فإن كانت الحاجة في ولد أوثر وأو يكون الأب معهم قاله ابن القاسم وعبد الملك

قال ابن المواز قول ابن القاسم استحسن وقد قال مالك لا يدخل ولد الولد الا في الفضل وشأن الاحباس إيثار الاقرب وكذلك مرجعها وانما قال ابن القاسم يعطى الاب معهم فلتلا ينقطع سبب الاب وان كان غنيا ولو كانت الحاجة في الاب ولم يدخل معهم ولد الولد الا بعد غنى الاب (مسئلة) وأما اذا قال دارى هذه حبس على فلان ثم على ولده أو على فلان بعده ففي المجموعة عن عبد الملك فحين تصدق على ولده الذين هم أحياء ثم على أعقابهم فهو على قوله فاذا انقرضوا فعلى أعقابهم ولو قال وأعقابهم دخل العقب مع الاعلى ووجه ذلك ان ثم في العطف للترتيب فيقتضى ذلك ان يبدأ الاولون ولا يكون لمن بعدهم شيء الا بعد انقراضهم وأما الواو فهي للجمع فاقترضت التشريك والله أعلم (الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة)

قال مالك رواية ابن القاسم عنه في المجموعة ان العقب الولد ذكر كرا كان أو أنثى وليس ولد البنات عقبا ذكر كرا كان أو أنثى وقاله عبد الملك قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ويجمع ذلك ان كل ذكر أو أنثى أدلت به أنثى فليس بعقب وقاله ابن شهاب * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وأصل ذلك عندي ان عقب الرجل من انتسب اليه وولد البنات لا ينسبون اليه ولذلك لا يقال لعبد الله ابن عباس الهاشمي عبد الله بن الحارث الهلالي وان كانت أمه لبابة بنت الحارث الهلالية ومن كان أبوه من العرب وأمّه من الروم لا يقال له الرومي ولا ينتسب الى الروم (مسئلة) فأما الولد فانه اسم يتناول الولد وولد الولد الذكور ذكورهم والاناث اناتهم وقد قال مالك في المجموعة من حبس على ولده وولد ولده لم يدخل فيه وولد البنات لأنه من قوم آخرين لم يدخلوا في الموارث قال عبد الملك وابن كنانة فلذلك لا يدخلون في صدقة الجد في أمهم بهذا الاسم قال عبد الملك والصدقة على الولد والعقب سواء واحتج أشهب لذلك بقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا منه الثلث ولا خلاف ان ولدا الولد كالولد في رد الام الى السدس ولا تأثير في ذلك لولد البنات قال أبو عبد الله بن العطار هذا قول مالك وكانت الفتوى عندنا يريد بقرطبة ان ولد البنات يدخلون في ذلك وقضى به محمد بن اسحق بن السليم وبه يفتى أكثر من كان في زمانه قال وكذلك الاعقاب يدخل فيه ولد البنات الا في قوله بنى وبنى بنى وولدى وولدى أبين (مسئلة) وأما البنون فانه يتناول الولد وولد الولد ذكورهم واناتهم قال مالك ومن تصدق على بنيه وبنى بنيه فان بناته وبنات بنيه يدخلون في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم فحين حبس على بناته فان بناته وبنات بنيه يدخلون مع بنات صلبه والذي عليه جماعة أصحابنا أن ولدا البنت لا يدخلون في البنين وماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للحسن ان ابني هذا لسيد فعلى سبيل المجاز والثناء عليه والاخبار بمحاسنه لا على معنى النسبة واطلاق اللفظ فاذا حبس على نسل فلان قال أبو عبد الله بن العطار انه كقوله ولد ولده على ما تقدم من خروج ولد البنات من ذلك في قول مالك ودخولهم على ظاهر لفظ الحبس (مسئلة) وأما الذرية فقد قال أبو عبد الله محمد بن العطار لا خلاف في دخول ولد البنات في ذلك لقول الله عز وجل ومن ذرية داود وسليمان وأيوب ويوسف الى قوله وزكرياء ويحيى وعيسى فجعل عيسى من ذرية ابراهيم وان لم يكن ولدا بن وانما هو ولد بنت (مسئلة) وأما الآل فهم الأهل قال ابن القاسم آله وأهله سواء وهم العصبات والاخوات والمهات ولا يدخل في ذلك الاخالات ومعنى ذلك عندي العصبية أو من كان في قعد دهن من النساء وقد قال مالك في من حبس على رجل وعلى أهله أو سقامه من

حائطه فهلك ولد من ولد ذلك الرجل وولده آخر فانه يدخل في ذلك الحبس وما روى عن مالك بن أنس أنه قال في قول المسلم اللهم صل على محمد وعلى آل محمد أن آل محمد كل تقى واحتج بقوله تعالى أدخلوا آل فرعون أشد العذاب فان ذلك يحمل عليه اللفظ بادلة اقترنت به صرفته عن ظاهره واطلاق اللفظ يقتضى ما قدمناه أولا وهذا المشهور من المذهب وقال الشيخ أبو اسحق ويدخل في الأهل من كان من جهة أحد الأبوين بعدوا أو قرى أو ولوا قال على آباء دخل الآباء والأمهات والاجداد والجدات بعدوا أو قرى أو وكذلك العمومة قال الله عز وجل نعبد الهك واله آباءك إبراهيم واسماعيل واسحق وقد اختلف في الأخوال والخالات والأختان أن يدخلوا وهذه المعاني انما وردت على سبيل المجاز ومقتضى مذهب مالك حقائقها وأعرف استعمالها الغالب على حقائقها (مسئلة) وأما القرابة في الموازية والمجموعة عن مالك من أوصى بمال لا قار به انه يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد * قال مالك في العتبية ولا يدخل في ذلك ولد البنات وولد الخالات وروى ابن عبدوس عن ابن كنانة يدخل فيها الأعمام والعمات والأخوال والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت وروى على بن زياد عن مالك يدخل فيه أكار به من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة أن كل ذى رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم فهو ذوقرابة وقد ذكرت ذلك في الاستيفاء مستوعبا والله التوفيق والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما الموالى فقد قال مالك فيمن حبس على مواليه فان موالى مواليه يدخلون معهم وكذلك موالى ابنه وكذلك موالى أبيه وروى عنه وهب يدخل فيه أولاد مواليه وجه القول الأول انهم لا ينتسبون اليه ولا هم في قعد عصبة ووجه القول الثاني ان العمات والخالات يناسبونه الى أحد جديه وذلك يقتضى القرابة ويلزمه على قوله في بنات الأخ أن يدخل في ذلك بنو الخالة الآن يكون لجنبة الأب قرابة يدخل بها ولد النساء دون جنبة الأم لأن جنبة الأب في القرابة لها وجه الا أنه لم يفسر ذلك تفسيراً يميز به القرابة من غيرها (مسئلة) ولو حبس على قوميه أو قوم فلان فقد قال الشيخ أبو اسحق ذلك على الرجال خاصة من العصبة دون النساء واحتج على ذلك بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ففرق بين القوم والنساء قال زهير

وما أدري وسوف إخال أدري * أقوم آل حصن أم نساء

(مسئلة) فان قلنا انه يدخل في موالى أمه موالى بنيه وأبيه في المجموعة فيمن حبس على مواليه فانه يدخل فيه موالى ولد الولد والأجداد والأم والجددة والأخوة ولا يدخل فيه موالى بنى الأخوة والعمومة ولو أدخلت هؤلاء دخلت موالى القبيلة وجه هذا القول الأول ان من يعتق عليه بالتعصيب فان مواليه يدخلون في اطلاق لفظ موالى الحبس ومن لا يعتق عليه بذلك فأخواله لا يدخلون في اطلاق لفظ الموالى (فرع) فاذا قلنا يدخل فيه موالى هؤلاء ففي المجموعة انه يبدأ بالأقرب ويؤثر على الأبعد اذا استووا في الحاجة وان كان الأقرب غنياً أو اثر المحتاج الأبعد عليه وقاله مالك في العتبية في موالى الأب والابن

(الباب الخامس في قسمة منافع العمرى والحبس)

فأما العمرى والحبس الذي تقدم معناه أنه اذا كان على معينين فانهم فيه بالسوية وقد قال في المجموعة ما حبس على قوم بأعيانهم من دار أو زرع أو ثمر نخل فذلك بينهم بالسواء ولذا كرم مثل مال لا نثى قال

ابن القاسم في الموازية من حبس على قوم معينين دون تعقب فان حق الغائب منهم ثابت في السكنى وحاضرهم وغائبهم سواء وقال ابن المواز وفقيرهم وغنيهم سواء وأما العمرى والحبس على غير معينين في المجموعة عن مالك من حبس على قوم وأعقابهم فانه يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانة بقدر ما يراه من ولي ذلك وروى ابن المواز عن عبد الملك لا يفضل ذو الحاجة على الغنى في الحبس الا بشرط من الحبس ووجه القول الأول ان معنى الحبس القرية واثار ذوى الحاجة يقتضى القرية الآن يصرف عن ظاهره بشرط والفرق بين هذا وبين الحبس المختص بالمعينين على هذا القول ان من حبس على معينين فقد قصد استيفاءهم والمساواة بينهم واذا أفرغ غير معينين وأضافهم الى معينين فقد علم انه لم يقصد الاستيعاب ولا المساواة لانه لا يمكن ذلك فيهم فكان ذلك مقتضى حبسه والله أعلم وأحكم وجه قول عبد الملك ما احتج به من أن الحبس تصدق على ولده وهو يعلم أن منهم الغنى والمحتاج (فرع) اذا ثبت اثار ذوى الحاجة في الموازية لابن القاسم عن مالك فيمن حبس على الفقراء أو في سبيل الله وابن السبيل وذوى القرى وفي قرابته غنى لا يعطى منه ولكن ذوى الحاجة وفي المجموعة من حبس على قوم وعلى أعقابهم ان ذلك كالصدقة لا يعطى منه الغنى شيأ ويعطى المتوسط بقدر حاله فان كان للأغنياء أولاد كبار فقراء قد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم ومعنى ذلك ما قدمناه من أن ظاهر الحبس ومقتضاه القرية وسد الخلة وذلك مختص بذوى الحاجة وأما المسدد فهو الذى له كفاية وبما ضاقت حاله بكثرة عياله وأما ولد الغنى لآماله فهو فقير واذا بلغ صحيا فلم يلزم الأب الاتفاق عليه فهو من الفقراء وذوى الحاجة (فرع) واذا تساوى أهل الحبس في الفقر والغنى أو ثرا الأقرب ويعطى الفضل من يليه وان كان الأبعد غنيا أو ثرا الفقير الأبعد ذكره ابن عبدوس في المجموعة ووجه ذلك انه لما قصد بالحبس قرابته كان للقرى تأثير في الاثار الآن تأثير ذوى الفقر والحاجة أكثر لانه مقصود الصدقات والأجاس وهذا اذا كان عدد المحبوس عليهم لا ينحصر ولا يفضل عن فقرائهم شئ فانه يصرف الى الأغنياء وقدر واه عيسى عن ابن القاسم ووجه أن الحبس لا يختص بالفقراء ولذلك لا يجوز أن يحبس على رجل غنى وانما يؤثر الفقراء فان فضلت فضلة جازر فيها الى من شرك الفقراء في معنى الحبس من الأغنياء (فرع) والذكر والأثني في الحبس سواء قال ابن حبيب وهو قول مالك وأصحابه الآن يكون بشرط ووجه ذلك ان لفظ التشريك يقتضى التسوية ولذلك قال الله تعالى في الاخوة للام فهم شركاء في الثلث وسوى بين ذكورهم واناثهم في ذلك الثلث (مسئلة) واذا قسم الحبس بين أهله من غلة وسكنى فليس على كثرة العدد وليدأ بأهل الحاجة قال ابن كنانة في المجموعة ولو بدرالى سكنى الحبس بعضهم فليس ذلك بالبدار ولكن المقدم أحوجهم وأقربهم من الحبس وروى عيسى عن ابن القاسم ان تساوى الغنى والحاجة فن سبق الى سكنائها منهم فهو أحق ولا يخرج لمن بقى وليس على عددهم ولكن بقدر كثرة العيال وليس الأعزب في السكنى كالمثأهل المعقب ر واه عيسى عن ابن القاسم فأما ان كان بعضهم غائبا والحاضر أولى منه بالسكنى لان الغائب لا يمكنه سكناه فكان الحاضر أولى به لانه يمكنه الانتفاع به على الوجه الذى حبس عليه ومعنى ذلك أن المعافى المؤثرة في التقديم الحاجة والقرابة والبدار والحاجة مقدمة فان تساوى في الحاجة والقرابة فن بادر الى السكنى كان أحق به وفي معناه ان الحاضر أحق من الغائب لان الحاضر بادر الى السكنى قبله والاعتبار

في ذلك ابتداء السكنى والله أعلم (فرع) فاذا ثبت ان الحاضر أولى بالسكنى من الغائب فعنه أن يغيب قبل أن يسكن فانه اذا قدم لم يخرج له من قد سكن ولا يخرج أحد الا أن يخرج في سفر انقطاع ولو خرج مسافرا فعرض له بعض ما يعرض للناس من الأسفار كان له أن يكرى مسكنه الى أن يعود ولو انتقل اليه أحد من أهل الحبس رد الى منزله وأخرج من كان دخل فيه قاله مالك واذا سكن بعضهم لحاجته ولخضوره فاستغنى وقدم الغائب فروى ابن القاسم عن مالك في المجموعة لم يخرج أحد منهم لقدم الغائب ولا حاجة غيرهم من أهل الحبس والغائب والمسافر كالحاضر في ابتداء القسمة أو بعد ذلك (مسألة) ومن كان سكن من أهل الحبس مع أبيه فبلغ فان كان قويا يمكنه الانفراد عن أبيه فله مسكنه من الحبس وان لم يتزوج اذا ضاق عليه مسكن أبيه فأما من ضعف عن الانفراد فلا مسكن له الا أن يتزوج فمن تزوج منهم فله حقه في المسكن وهذا في الذكور وأما الإناث فلا مسكن لهن وان بلغن لانهن في كفالة الأب قاله عبد الملك في المجموعة (مسألة) وأما الكراء والغلات من الثمر وغيره فان حق من انتجع أو غاب لا يسقط حقه من السكنى اذا لم يكن فيه فضل قاله ابن المواز وابن القاسم

(الباب السادس في استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت)

وذلك يكون على ضربين انتقال الى من هو من جملة من حبس عليهم وانتقال الى غيرهم فأما الانتقال الى الحبس أو المعمر عليهم فلا يخلو أن يكون ذلك بلفظ الاشاعة أو الإبهام فان كان بلفظ الاشاعة فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارا أو حائطا على قوم خات بعضهم فان ما كان للميت من ذلك راجع الى بقية أصحابه حتى ينقضوا وذلك في الاحباس كلها من غلة أو سكنى أو خدمة أو دار محبسة كان مرجع ذلك الحبس الى صاحب الأصل أو غيره أو الى السيل وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان ما لا ينقسم من دار أو عبد فنصيب الميت يرجع على أصحابه ونحوه روى ابن وهب عن مالك قال سحنون وكذلك روى عنه جميع الرواة وقاله المغيرة فيما ينقسم وما لا ينقسم الا ابن القاسم فانه أخذ يرجوع مالك في هذا بعينه فقال يرجع على من بقي منهم فيما ينقسم وما لا ينقسم وجه القول الأول ان جميعهم في لفظ العمرى والحبس والتشريك بينهم فيه يقتضي أن يكون لمن يستحق الاسم ويتناوله حتى ينقضوا ووجه القول الثاني ان كونه مما ينقسم يقتضي اختصاص كل واحد منهم بحصته وذلك بمنع رجوع حصته الى اشراكه ويوجب انقطاع حكم العمرى منها لموته (مسألة) اذا ثبت ذلك وراعي ما ينقسم فان مطرفا قال عن مالك في المسكن ان جزأ الحبس الدار بينهم فنصيب الميت راجع الى رب الدار وان جزؤها هم بينهم فنصيب الميت راجع الى أصحابه وقال سحنون ان هذا فيما لا ينقسم لان سكناهم الدار سكنى واحد واختداهم العبد كذلك قال وقال عبد الملك وما كان من غلة تنقسم أو دار تكثرى أو عبيد مخارجين فان نصيب من مات منهم يرجع الى من اليه المرجع وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فيمن حبس خادما على أهل بيت لم يدخل عليهم غيرهم أو على ناس مجتمعين حياتهم فان مات منهم أحد فنصيبه على من بقي ولو كان على رجلين متفرقين هذا على حدة وهذا على حدة فنصيب من مات للمحبس وفي المجموعة والموازية قال محمد وهذا على ما ذكرنا من التفسير الأول ولو جعل ذلك على أهل بيت واحد أو مجتمعين ونصيب كل واحد معروف فلا يرجع نصيب الميت على أصحابه ولو حبسه

على المفقدين وجعل ذلك مشاعا كان نصيب من مات منهم لأصحابه قال سحنون في العتية اذا قال غلام يخدم فلانا يوما فلانا يوما فله قسمة من مات منهم ارجع نصيبه الى أصحابه (مسئلة) اذا ثبت مراعاة القسمة فان ظاهر قول سحنون يقتضى مراعاة قسمة المعطى ذلك بينهم في نفس العطية وهو ظاهر قول مالك وقول ابن الماجشون يقتضى أن المراعى في ذلك أن تكون العطية مما ينقسم كالعبد الخارجين والغلة تنقسم والدار تسكرى وهو قول العراقيين من أصحابنا ورأيتهم عن المذهب والله أعلم (فرع) فاذا قلنا باعتبار قيمة المعطى عند العطية فهذا حكمه اذا بين (فرع) فاذا أبهم فقد روى ابن المواز عن مالك أنه على الاشاعة حتى بين ووجه ذلك أن لفظ الإبهام يقتضى الاشتراك والاشاعة فحمل عليه وأما اذا كان على وجه التعيين ومعناه أن يعين الحظوظ فيسمى لكل واحد يوم معيناً ونصيباً مسمى أو سكنى معروفة فان نصيب من مات منهم يرجع الى صاحب المرجع ورأه ابن عبد الحكم عن مالك ووجه ذلك أن تعيينه وتعيين نصيبه يقتضى منع الاشتراك ويجعل حكم كل انسان منهم يختص به فاذا توفي استحق ما كان له صاحب المرجع (مسئلة) وهذا اذا كان التحيس أو التعبير على معينين فان كان على غير معينين مثل أن يقول على فلان وعقبه أو على بنى تميم فهذا ان بقي منهم واحداً أخذ جميع الغلة اذا لمنازع له في صفة التحيس وقد قال ابن كنانة فمين حبس على امرأتين وعقبهما فلهما يرجع نصيب الميتة منهما على صاحب المرجع قال الشيخ أبو القاسم من حبس حبسا على رجلين حياتهما ثم لرجل بعدهما في وجه آخر فأت أحد الرجلين رجوع نصيبهما على الآخر وقد قيل يرجع نصيب الميتة منهما في الوجه الثاني والله أعلم وأحكم (فصل) واذا كان الحبس حائطاً لمخات أحد من أهل الحبس فلا يخلو أن يموت قبل الابار أو بعده وقبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح وقبل القسمة أو بعد القسمة فان مات قبل الابار فقد قال مالك وأصحابه لاشئ له من الثمرة ولورثته وان مات بعد الابار فقد روى ابن المواز عن مالك وابن القاسم لاشئ له ولورثته من الثمرة وهي لمن ولد بعد الابار وقبل بدو الصلاح وقال أشهب هي لورثته من مات بعد الابار ومن مات قبل الابار فلا شئ له منها ورأه ابن حبيب عن ابن الماجشون وفي المعمر يموت وفي الحائط ثمرة قد أبرت انها لورثته وجه القول الاول انه يتعلق بالثمرة مع بقاء الرقبة على ملك صاحبها فوجب أن يتعلق بدو الصلاح كالكافة لان من كان من الحبس ذلك الوقت جاز له الانتفاع بكليها طبا لانه انتفاع مقصود فلا استحقاقه للثمرة لمنع الانتفاع بها ووجه قول أشهب انها عطية فوجب بالابار كالصدقة المبتلة فقد قال مالك وابن القاسم يستحق فيها بالابار فكذلك هذا (مسئلة) وأما بعد بدو الصلاح وقبل القسمة فالذي ذهب اليه مالك وابن القاسم ان من مات منهم بعد بدو الصلاح فنصيبه لورثته ومن ولد بعد بدو الصلاح فلا شئ له من تلك الثمرة وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فمين حبس على ولد فلان فان الغلة تقسم على من كان حيا أو مولودا يوم تقسم الثمرة وفي المجموعة عن ابن كنانة فمين حبس على قبيلة انه مات بعضهم بعد طيب الثمرة وقبل القسمة فلاحق له ومن ولد قبل القسم قسم له وأما ان حبس على قوم معينين مسعين باسمهم ممن أدرك طيب الثمرة فحقه فيها ثابت وجه القول الاول ما قدمناه ووجه قول ابن كنانة أن الانتفاع بالغلة انما يكون بعد القسمة والاحباس موضوع على انها تستحق بان كان الانتفاع كالسكنى (فرق) والفرق بين الصدقة والحبس على قول مالك وابن القاسم ان الصدقة

أقوى لانها معينة ومتعلقة بمعينين وأما ما كان على وجه الحبس وتميز من يستحق الثمرة فاما يكون بعد بدو الصلاح لانه وقت الانتفاع بها والاتجاع لها (مسئلة) ولو كانت أرضا فخرتها مات فربها مخيران شاء أعطى الورثة كراء الحراث أو سلمها اليهم بكرائها تلك السنة ولومات وفيها زرع فلورثة الزارع ولا كراء عليهم

(الباب السابع في بيع العمرى والحبس)

أصل ذلك ان عقد العمرى والحبس عقد لازم لانه هبة للنافع بالعمرى والحبس يكون على ضربين أحدهما على غير موجود عند التصيب والثاني على موجود فاما ان كان على موجود مثل أن يعمر زيدا أو يعمره وعقبه أو يحبس على زيد أو عليه وعلى عقبه واحد من أعمراً أو حبس عليه موجود عند العمرى فقد امتنع البيع بنفس العقد فان كان جميعهم غير موجودين مثل أن يحبس على ولده ثم هو في سبيل الله فله أن يبيع ما لم يلد فاذا ولده فلا يجوز له البيع قال ابن القاسم ليس له أن يرجع حتى يئس له من الولد ولو أنجزت له هذا الأجزت له أن يبيع اذا كان له ولد ثم ماتوا ولم ينتظر أن يولد له غيرهم قال ابن الماجشون بل هو حبس وجه قول مالك ان الحبس لم يتعلق به قبول أحد فيلزم سببه ور بما من ذكر فيه لا يخلو فاذا ولده فقد تعلق حق المولود به فلم يجز له بيعه ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحبس متوجه الى من يصح وجوده ويتوقع لزوم حقه وعلى ذلك عقد الحبس فليس له نقضه ما لم يئس من وجود الحبس عليه لان ذلك يخرج الحبس عن حكمه في اللزوم فاذا يئس منه علم ان الحبس لم ينفذ بصرفه الى من قد ظهر انه لا يوجد ولا يثبت له حق ووجه قول عبد الملك ان عقد الحبس عقد لازم وان لم يذ كر من حبس عليه فلو قال حائطي حبس للزم وأكثرا في قوله حائطي حبس على ولدى ولا يوجد له ولد أن يكون بمنزلة من لم يذ كر الحبس عليه وذلك لازم ويوجب تصرفه الى من قررت الشرع قدرها اليه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون فقد قال فمين قال صدقني هذه على ولدى ولا ولده فهي حبس تخرج عن يده الى يد ثقتي وثمرتها بعد ذلك حبس فان مات قبل أن يولد له رجعت هي وغلها الى أولى الناس بالحبس يوم حبسها ووجه ذلك انه لما كان عقد الحبس لازما وقت تعلق بمن لا يجوز له لزوم اخراجه من يده ليصبح الحوز فيه فان حدث له بعد ذلك ولد رد اليه لانه يصح حوز له وقال غير ابن الماجشون ولا يضر ذلك من مرجعه اليه لان الحوز قد تم فيه (مسئلة) اذا كان الحبس على موجود يوم الحبس أو على غير موجود ثم وجد فقد لزوم على قول مالك وليس له بيعه ولا الرجوع فيه فان باعه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ فمين حبس على ولده الصغار أو الكبار ثم من بعدهم على المساكين ثم تعدى فباعه مقابضة أو بعد طول زمان كان البيع منقوضا ويرد الى الحبس ولا ينظر الى تواتر هؤلاء في قبضه لانها بعدهم على المساكين فان أعدهم بائنا اتبع به ووجه ذلك ان عقد الحبس لازم فلا يحيله عن مقتضاه تعدى الحبس فيه ويجب نقض بيعه ويتبع بالمر في ذمته كالأول استحقه أجنبي لان ما باعه قد استحق عليه (مسئلة) ومن بنى مسجدا في قرية ثم صلى فيه ثم باعه أو تصبى به على من هدمه وبناء دارا فليفسخ ذلك ويرد الى ما كان عليه من الحبس لان المسجد لله لا يباع ولا يغير قاله مطرف ومعنى ذلك ان المسجد من جملة الاحباس اللازمة بل هي أو كدها لانها خالصة لله تعالى ومضافة اليه لقوله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها وأما قول مطرف من بنى مسجدا يريد على الصورة المختصة بالمساجد فان هدمه المبتاع وبناء دارا يريد انه نقله الى صورة الدور وقوله

لم يرد بعد الفسخ الى ما كان عليه يقتضي عندي ان للسجد بنينا مخصوصا يمنع من يريده التملك من بنيانه وينع من تملكه من استدامة تملكه على هذه الصورة وينع من أراد بنينا المساجد من أن يعدل عنها ما في ذلك من السيئة وللذريعة الى تملك المساجد وترك تعظيمها والله أعلم وأحكم (فرع) وقوله من بنى مسجدا في قرية ثم صلى فيه يدا بباحه لمن صلى فيه فان ذلك مما يلزم به تحبيسه وان كان لم يتلفظ بالتحسيس ولو تلفظ به للزمه ذلك وظاهر قول مطرف وهو معنى ما في المدونة انه لا يلزمه مجرد البنين وفي هذا عندي نظرو قد كان يجب أن يلزم لمجرد البنين لانه لا تتم الحيازة فيه الا بباحته واقام الصلاة فيه قال أصبغ أبو اسحق اذا خلى بين الناس وبينه فهو ماض ولا يحتاج الى أن يجعل يده قيم سواء كان باب المسجد داخل باب داره يعلق عليه أو خارج الباب ويحتمل أن يقال لا يلزم بمجرد اللسان لمن جوز أن يبنى مثل هذا البنين في داره مسجد لنفسه وأهله فلا يكون بذلك حبسا والله أعلم وأحكم (فرع) وما كان في المساجد من بيت الماء أو بيت لزيته وحصره وآلته فان ذلك تبع له وكذلك سلاسله وفتاديله وبنيانه وجدوعه ما انكسر منها رد اليه (مسألة) ومن حبس حبسا وعليه دين قبل الحبس واستحدث ديناً بعد الحبس فقام أهل الدين قال سحنون قد قيل يباع منها الدين القديم ويدخل معهم أهل الدين الثاني ولا يباع منها غير ذلك وقد قيل اذا دخل معهم الآخرون يبيع للاولين بقدر ما انتقصهم الآخرون ثم يدخل عليهم الآخرون وهكذا أبدا حتى يستوفوا أو يفرغ الحبس وكذلك لأصحابنا قولان (مسألة) ولو كان رجلا ن حبس على كل واحد منهما حبس منفرد لم يجز لهما أن يتناقلا وهو كالبيع رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة ووجه ذلك انه عقد لازم فلم يصح فيه المبايعه والمناقلة تورع من البيع والله أعلم وأحكم (مسألة) ولو كانت أرضا محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها فارادوا أن يوسعوا ويدفنوا بجانبها مسجد فارادوا أن يدفنوا فيه ميتا فلا بأس بذلك وذلك حبس كله قاله ابن الماجشون وقال أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت فلا بأس أن يبنى فيها مسجد وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض ووجه ذلك ما أشار اليه من أنه اذا كان الحبس لله تعالى لا يتعلق به حق لغيره فلا بأس بصرف بعضها الى بعض على الوجه الذي ذكره من نقل المقبرة الى المسجد ويدفن الميت في المسجد على سبيل التوسع فاما ما كان للخلق من الحقوق فلا يصح لانه من باب البيع لانه ينقل منفعة أحد الحبسين من مالك الى مالك غيره وفي مسئلتنا لا ينقل من مالك الى مالك وانما ينقل من وجه منفعة الى وجه آخر وهو كله لله تعالى (مسألة) واذا كانت الدور المحبسة حول المسجد واحتاج المسجد الى سعة فلا بأس أن يشتري دور الحبس ليوسع بها المسجد والطريق لانه نفع عام أعظم من نفع الدار المحبسة قاله ابن حبيب عن مالك قال ابن الماجشون وذلك عندي في مثل جوامع الأمصار دون مساجد القبائل وقاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه قول ابن الماجشون ومن معه أن الاحباس انما تغير الى المنافع العامة دون الخاصة وذلك في مثل الجوامع وأما مساجد القبائل فانها خاصة ويصح أن يكون في البلد الواحد منها كثير فحق ضاق مسجد بنى بالقرب منه مسجد يتسع فيه ولا يصح ذلك في الجوامع وأما على تجوز مالك ذلك في الطرق فيصح ذلك في مساجد القبائل وغيرها (مسألة) وعقد الحبس لازم مؤبد فلا يجوز بيع شيء من الاحباس خلافا لابن حنبل في تجوز ذلك ورواه ابن وهب عن ربيعة والدليل على ما نقوله ما احتج به مالك فانه قال وبقاء احباس السلف دائرة دليل على منع ذلك ودليل آخر وهو ان لا ينقل الحبس عن مقتضاه اذا لم تخرب فانه لا ينقله عن مقتضاه وان خرب كالنصب

(مسئلة) ومن كان له حائط وفيه نخل قد حبست بمائها فغلبت عليها الرمال حتى أبطلت وفي مائها فضل فقد قال مالك في الموازية وغيرها لا يباع فضل ذلك الماء وليدعه بحاله وان غلبت عليها الرمال وروى ابن القاسم عن مالك لا تباع الدار المحبسة وان خربت وصارت عرصه وقد قال في الموازية ما خرب من الحبس وانتقل الى أهل تلك الناحية وبطل الموضع وأراد أهله بيعه والانتفاع بثمنه بما هو أفضل منه انه لا يجوز في الرباع بمال قال الشيخ أبو اسحق ولا يناقل الوقف وان خرب ما خواله وقد عود العماره بعد الخراب (فرع) قال الشيخ أبو اسحق لا يباع بعض الوقف ومن أصحابنا من يرى بيعه ولست أقول به (مسئلة) وهذا في الرباع والأصول الثابتة التي لا تنقل ولا تحول فاما ما ينقل كالحيوان والنياب فقد قال مالك في المجموعه في الفرس الحبس يضعف فلا يبقى فيه قوة للغز ولا بأس ببيعه ويجعل ثمنه في آخر قال ابن القاسم وان لم يبلغ شورك به والنياب تباع ان لم يبق فيها منفعة ويشترى بثمنها ما ينتفع به وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يجوز ذلك ولو كان غير هذا لبطلت الاحباس وجه القول الأول ان هذا افساد بين من صلاحه ولا ترجى عودته الى ما كان عليه وليست كذلك الرباع فانها تعم بعد الخراب فلذلك لم يجز بيعها ووجه قول ابن الماجشون ان هذا حبس فلم يجز بيعه لعدم الانتفاع به كالمرباع (مسئلة) واذا حبس الرجل جزءا مشاعا من دار أو حائط وطاب بعض الشركاء القسمة أو البيع فقال ابن الماجشون ان كان ينقسم بقاسم فواقع للحبس كان حبسا ووجه ذلك أن الحبس اذا حبس جزءا مما لا ينقسم قد كان حق شريكه ان أراد البيع أن يبيع معه فليس له أن يبطل هذا الحق عليه لتحبيسه (فرع) واذا بيع الحبس بما ذكرناه ولان السلطان اشترى ذلك فأدخله في موضع أو مسجد فقد قال مالك وابن القاسم يشترى به دور مكانهما من غير أن يقضى به عليهم وقال عبد الملك يقضى ولو استحق الحبس فأخذ ثمنه فليصنع به الحبس ما شاء وجه القول الأول انه معنى أو جب اخراج ما حبس عن الحبس والرجوع بثمنه فلم يوجب شراء مثله بذلك الثمن كالاستحقاق ووجه قول ابن الماجشون ان الحبس اذا حبس ما يملك فقد بطل حق الحبس بتلك العين على اللزوم فاذا وجب اخراج عن ذلك الوجه من الحبس والحبس جله لزم أن يجعل ثمنه في بدله لان التحبيس حق لازم وكذلك الاستحقاق فان الاستحقاق قديين ان الحبس لم يتعلق بتلك العين لان الحبس حبس ما يملك فلم يتعلق به الحبس (مسئلة) وأما العمرى فانه يجوز للعمر أن يشترى به مخرج الدار المعمرة وفي العتبية من سماع ابن القاسم فممن حبس داره على ولده وابن أخيه حياتهما انه يجوز للحبس أن يشترى من ابن أخيه مخرجها لانها عمرى (الباب الثامن فممن تعود اليه منافع العمرى والحبس بعدموت المعمر والحبس عليهم) فأما العمرى والحبس مما حكمه حكم العمرى فانها تعود الى صاحبها الأصلي ان كان حيا فان كان ميتا فالى ورثته يوم مات لانه لم يخرج عن ملكه اخراجا مؤبدا وانما أخرجه اخراجا مؤقتا كالاجارة وقد قال مالك في العتبية من سماع ابن القاسم عنه فممن أعمر دارا أو خادما لفلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل مخرجها اليه ولا الى وجه ذكره فانها ترجع اليه كما لو اشترطه ووجه ذلك ان منافعها لم يملكها مؤبدا وانما أخرج منها شيئا مؤقتا على غير لفظ القرية التي تقتضي التأيد فبقى الباقي على ملكه (مسئلة) ومن ذلك صدقته على رجل حياته أو على قوم حياتهم ففقد قال عبد الملك ترجع الى ربها ملكا والى ورثته ميراثا قال ابن القاسم وكذلك لو أسكن رجلا حياته وأما الحبس المؤبد الذي لم يجعل له مخرج فقد قال مالك يرجع الى أولى الناس ممن حبسه حبسا عليهم ووجه ذلك انه لما اقتضى

التأييد لم يرجع عليه قال ابن كنانة لانه رجوع في الصدقة ولم يكن له وجه معين يرجع اليه فرجع الى
أحق الناس بالحبس وذلك أول وجه ينصرف اليه لما يجتمع فيه من الصلة وسدخلة الفقراء وقد
روى أشهب عن مالك في الموازية فيمن تصدق بسهم من حائط على مواليه وعلى أولادهم فانقرضوا
فأحب الي أن يكون صدقة على المساكين وأهل الحاجة لا يرجع ميراثا وينقل مثله فيمن حبس
غلاما على رجل وعقبه لا يباع ولا يوهب فهلك الرجل ولم يترك عقبيا سلك به في سبل الخير موقوفا
(فرع) اذا قلنا انها ترجع الى أولى الناس به يوم المرجع قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم فلما
رجع ميراثا روى فيه ورثته يوم مات وأما ما يرجع حبسا فلا ولاهم به يوم يرجع ووجه ذلك ان ما يرجع
ملكك اليه أو الى ورثته ملكه عليه تام باق لانه انما هو به منفعة مدة مؤقتة فاذا مات ورثته عنه ورثته
وأما ما خرج عنه على وجه الحبس فقد زال ملكه عن جميع منافعه على التأييد فلا رجوع له
اليه وانما يرجع على وجه الحبس الى من يستحق ذلك يوم المرجع لانها منافع لا تورث عنه وانما تؤخذ
عنه على وجه الحبس فليأخذها من يستحقها بعد انقراض الحبس عليهم المسمين في الحبس كما لو جعل
لها امر جاعا بعد الحبس لم يستحقها من أهل المرجع الا من كان باقيا يوم المرجع دون من انقرض أو من
يأتي والله أعلم (فرع) ومن القرابة الذين يرجع اليهم الحبس قال ابن القاسم عن مالك في العتية
اذا انقرض من حبس عليهم يرجع الى عصبة الحبس في السكنى والغلة وقال عيسى عن ابن القاسم
يرجع الى أولى الناس به من ولد وعصبة وقاله مالك في الموازية (فرع) اذا ثبت أنه يرجع الى العصبة
من الرجال فهل للنساء مدخل في ذلك قال مالك في الموازية يرجع الى أولى الناس بالحبس حبسا
عليهم رجلا كانوا أو نساء وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتية يرجع الى عصبة الحبس قيل له انه
ابنة واحدة قال ليس النساء عصبة انما يرجع الى الرجل وقار أصبغ هي كالعصبة لانها لو كانت رجلا
لكانت عصبة وأرى ذلك كله لها وجه القول الاول أن الحبس انما يصرف اليهم على وجه الصلة
وسدخلة القرابة والبنات من أحق الناس بذلك ووجه القول الثاني انها ليست بعصبة على الانفراد
فلم تستحق شيئا من ذلك بالقرابة كالتحالة (فرع) فاذا قلنا ان النساء في ذلك مدخلا فقد قال مالك
في الموازية كل امرأة لو كانت رجلا كانت عصبة للحبس فهي ممن يرجع اليه الحبس ولا يدخل فيه
بنو الأخوات ولا بنو البنات ولا زوج ولا زوجة قال ابن القاسم انما يدخل من النساء مثل العمت
والجدات والأخوات للاب أو للاب والام وبنات الأخ ولا يدخل الأخوات للام ذكر أو أنثى
وتدخل الام وروى أشهب عن مالك لا تدخل الأم وقال عبد الملك لا يدخل فيه من النساء الا من يرثه
وهو من حرم نسبه كالبنات وبنات الأبناء والأخوات وأما الام فلا تدخل فيه لانها ليست من حرم نفسه
وأما العمت وبنات الام وبنات الأخ فلا تدخل لهن فيه وفي العتية من رواية سحنون عن ابن
القاسم أن الحبس انما يرجع من النساء الى من يرثه دون من لا يرثه من عمه وخالة ونحوهما وجه قول
مالك أن مكانهم مكان التعصيب وللنساء مدخل في مرجع الحبس فلما كان الرجال يدخلون فيه
بالتعصيب وكان للنساء فيه مدخل ولا تعصيب لهن اعتبر فيه فمدد التعصيب ووجه قول ابن الماجشون
أن من لا مدخل له في الميراث فلا مدخل له في مرجع الحبس كالأخوات وأما الام فان ابن القاسم أدخلها
في مرجع الحبس على ما تقدم من أصله لان موضعها موضع الاب ومنع من ذلك أشهب في روايته عن
مالك لانه لا يتصور فيها أن يكون رجلا بخلاف بنات الأخ والعمات (مسئلة) وسواء كان أهل
المرجع ذكورا أو إناثا قاله مالك في الموازية فان كان أخا وأختا فهو بينهما بالسواء كان كان قد شرط

في حبسه لذكر مثل حظ الانثيين قاله عبد الملك في المجموعة ووجه ذلك انه راجع اليهن بمعنى التشريك في الحبس لاعلى معنى التوارث (مسئلة) فان كان أهل المرجع بنات وعصبة فهو بينهم ان كان فيه سعة والا فالبنات أولى من العصبة ويدخل مع البنات الأم والجدة للأب دون الزوجة والجدة للام قاله ابن حبيب عن ابن القاسم قال وان رجعت الى اخوة دخل معهم الاخوات وان رجعت الى اعمام دخل معهم العمات وان رجعت الى بنى أخ دخل معهم بنات الاخ وان رجعت الى بنى عم دخل بنات العم وان رجعت الى ولد المولى المنعم دخل معهم بنات المولى المنعم وكذلك في العصبة الاقرب فالأقرب فان كانوا مواليه فهم عصبة ان لم يكن ثم عصبة أقرب منهم وفي العتبية لمن سماع ابن القاسم يدخل النساء مع العصبة في السكنى والغلة ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم انه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري وما يقول الناس فيها فقال القاسم بن محمد ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم وفيما أعطوا * قال يحيى وسمعت مالكا يقول وعلى ذلك الأمر عندنا ان العمري ترجع الى الذي أعمرها اذا لم يقل هي لك ولعقبك * ش يحتمل أن يكون مكحول انما سأل القاسم بن محمد عن العمري لما بلغه فيها من اختلاف الناس ويحتمل أن يسأله عنها لما أشكل عليه حكمها وان لم يبلغه فيها قول لمن يعتبر بقوله فأراد أن يعلم ما عند القاسم من ذلك ليأخذ به أو لينظر فيه وقوله عن العمري وما يقول الناس فيها يحتمل أن يسأله العمري ويعلمه بقول الناس فيها وسأله عما يختار الناس من ذلك ويحتمل أن يريد انه يسأله عن العمري وعما عنده من قول الناس الذين لقيهم القاسم أو بلغه قولهم فيها ولذلك أجابه القاسم بما عنده من أقوال الناس فقال ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم والظاهر انه أجابه على حسب سؤاله ولو كان سأل عن الحكم خاصة لأجابه بما عنده في ذلك

(فصل) وقوله ما أدركت الناس الا وهم على شروطهم في أموالهم معناه ان المعمر لما شرط استيفاء الرقبة وافراد المنافع بالهبة مدة مقدرة بعمر المعطى أو بعمره وعمر عقبه كان شرطه تاما وكانت عطيته على ما شرط لا تتجاوز ذلك وقدين ذلك مالكا بقوله ان الامر عندنا على ذلك يريد ان الحكم جار عندهم يريد علماء المدينة بأن العمري ترجع الى الذي أعمرها يريد بعد استيفاء منافعها الموهوبة منها لان العطية انما تعلق بالمنافع خاصة لما تقدم من لفظ العمري الذي يقتضى التوقيت

(فصل) وقوله اذا لم يقل هي لك ولعقبك فاذا قال هي لك ولعقبك فان جواب ابن القاسم وتفسير مالكا غير متناول لهذا اللفظ فيجب أن ينظر في حكمه وفي الموازنة من قال دارى هذه لفلان ولعقبه فليس له أن يستهلكها ولا يقطع منفعتها عن عقبه وله غلتها ومنافعها دون ضمان عليه في شيء من ذلك قال محمد لانه اذا دار ولو كانت مالا أو شيئا يغاب عليه لضمن وجه ذلك ان قوله دارى هذه لفلان ولعقبه يقتضى التملك لان ظاهرا صافته اليه يقتضى التملك وقوله لفلان أو لفلان وعقبه يقتضى أيضا تملك الرقبة لتضمنه التأيد ولو اقرن به ما يدل على المنافع من قوله عمري أو سكنى يعمل على المنافع أو وقت ذلك بزمن فقال هي لفلان حياته ولعقبه ما كان منه حتى يعمل على المنافع لان ملك الرقبة لا يتوقت (مسئلة) وأما التعقيب فلا يمنع تملك الرقبة بمجرد انه يقتضى التشريك في المنافع بين أهل العطية ليصل ملك الرقبة الى آخرهم ولو ملك أولهم الرقبة لجاز أن يفوتها لان ذلك فائدة ملكها فلا تصل الى آخرهم ولكنها كما صارت بيد انسان بقيت عنده مراعاة فان جاء من يستحقها بعده علم أنه ليس هو الذي ملك الرقبة وان لم يأت من يستحقها بعده بأن تكون امرأ فلا

* مالك عن يحيى بن سعيد
عن عبد الرحمن بن القاسم
انه سمع مكحولاً الدمشقي
يسأل القاسم بن محمد عن
العمري وما يقول الناس
فيها فقال القاسم بن محمد
ما أدركت الناس الا وهم
على شروطهم في أموالهم
وفيما أعطوا * قال يحيى
سمعت مالكا يقول وعلى
ذلك الأمر عندنا ان
العمري ترجع الى الذي
أعمرها اذا لم يقل هي لك
ولعقبك

يكون ولدها من العقب أو يكون من الرجال قد بلغ الى حد سن اليأس من أن يولده كالمحبوب ونحوه
فبين بذلك انه هو الذي قصد بالتخليك فيكون له التصرف فيه بالبيع وغيره ص * مالك عن نافع
ان عبد الله بن عمرو ورث من حفصة بنت عمر دارها قال وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد بن الخطاب
معاشرت فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله بن عمرو المسكن ورأى انه له * ش قوله ان عبد الله بن
عمرو ورث من حفصة دارها يريد انه ورثها وانتقلت اليه عنها بالميراث وكانت حفصة قد أسكنت بنت زيد
ابن الخطاب تلك الدار معاشرت وهذا معنى العمري فلما توفيت بنت زيد قبض عبد الله الدار يريد
بمعنى الميراث الذي تقدم ذكره لأنه هو كان وارث حفصة يوم توفيت فرأى عبد الله بن عمرو انه قد انقطع
بذلك حكم العمري فان مات تقدم فيها من العمري لم يخرجها عن ملك موروثه ولا منعه من تملكه
بالميراث عن حفصة وهذا مذهب مالك رحمه الله وقول جماعة من أصحابه فان سلمه من يخالف ذلك قسنا
عليه ما كان عمري للعطى ولعقبه وحلناه عليه لأن لفظ العمري فيه وفي عقبه سواء فاذا لم يملك
بالعمري لمعين فكذلك لا يملك بالعمري ولعقبه وان لم يسلموا فهو تفسير حديث النبي صلى الله
عليه وسلم ومبين لمعناه ومقرر لحجة مالك فيه والله أعلم وأحكم

* القضاء في اللقطة *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني انه قال
جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها وكاهاتم عرفها
سنة فان جاء صاحبها والافشأ نكها قال فضالة الغنم يارسل الله قال هي لك أولأخيك أوللذئب قال
فضالة الابل فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها رها * ش
قوله جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة يحتمل أن يكون سأله عن جواز
أخذها ويحتمل أن يكون سأله عن حكمها وما يلزم فيها وما يجوز لمن أخذها فأما جواز أخذها
فقدر وي نافع عن ابن عمر أنه كان يمر باللقطة فلا يأخذها وفي العتبية من سباع ابن القاسم عن مالك
انه قال لا أحب أن يأخذها من وجدها إلا أن يكون لها قدر وقال في موضع آخر أولذي رحمه وأما
الشيء الذي له بال فأرى له أخذه ورأى عنه أشهب أما الدنانير وشيء له بال فأحب الى أن يأخذها وليس
كالدرهم ومال بال له لا أحب له أن يأخذ الدرهم ومعنى ذلك ان الشيء الكثير الذي له بال يخاف
عليه الضياع ان تركه فأخذ له على وجه التعريف به والحفظ له الى أن يجده صاحبه من أعمال البر وأما
الشيء اليسير فانه في الاغلب يؤمن عليه فان من يجده لا يسرع اليه وبقاؤه مكانه أقرب الى أن يعود
صاحبه فيجده ولو أخذ الملتقط لتكاف من تعريفه ما عليه فيه مشقة ورماضيع ذلك لقلة
اللقطة وتفاهتها وان العادة جارية بان من سمع خبرها لا يكاد أن يبلغه ولا يتحدث بخبره بخلاف اللقطة
التي لها بال فان العادة جارية بان من سمع خبرها غفلة تحدث به حتى يصل خبرها الى صاحبها وأما من
التقط مثل المخلاة أو الدلو أو الحبل أو شبه ذلك فقد قال مالك في العتبية ان كان في طريق وضع ذلك
في أقرب الاماكن اليه يعرف به وان كان في مدينة فليتنفع به ويعرفه وأحب الى أن تصدق به فان جاء
صاحبه أداه اليه وفي سباع أشهب فممن وجد العصا والسوط قال لا يأخذها فان أخذها عرفه فان لم
يعرفه أرجو أن يكون خفيفا ولو وجد بقرية يعرف بها فان عرفت والا تصدق بها وضمن قيمتها رها
ومعنى ذلك انه اذا كان بطريق وضع ذلك في أقرب الاماكن اليه يعرف به لأن ذلك هو الموضع

* مالك عن نافع ان عبد الله
ابن عمرو ورث من حفصة
بنت عمر دارها قال فكانت
حفصة قد أسكنت بنت
زيد بن الخطاب معاشرت
فلما توفيت بنت زيد قبض
عبد الله بن عمرو المسكن
ورأى انه له

* القضاء في اللقطة *
* مالك عن ربيعة بن
أبي عبد الرحمن عن زيد
مولى المنبعت عن زيد بن
خالد الجهني انه قال جاء رجل
الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسأله عن اللقطة
فقال اعرف عفاصها
وكاهاتم عرفها سنة فان
جاء صاحبها والافشأ نك
بها قال فضالة الغنم يارسل
الله قال هي لك أولأخيك
أوللذئب قال فضالة الابل
قال مالك ولها معها سقاؤها
وحذاؤها ترد الماء وتأكل
الشجر حتى يلقاها رها

الذي يمكن صاحبه أن يطلبه فيه بنفسه أو بوصيته وعليه يسلك من يسمع التعريف ممن يعضى الى موضع صاحب اللقطة في الغلب فيكون أقرب الى معرفة صاحبه به وأما ان كان بمدينة فلا يخرج اللقطة عنها لأن صاحبها يطلبها كان منها أو غيرها وأباح له الانتفاع بها ان كان ذلك لا يتلفها ولا ينقصها قبل الحول وأما بعد الحول فعلى وجه الضمان لها وقدر روى سويد بن غفلة قال كنت مع سليمان بن ربيعة وزيد بن صوحان في غزوة فوجدت سوطا فقالا لي ألقه قلت لا ولكني ان وجدت صاحبه والا استمتعت به فإما رجعتنا حجبنا فمررنا بالمدينة فسألت أبي بن كعب فقال وجدت صرة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فيها مائة دينار فأتيت بها النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فمرتها حولاً ثم أتيت اليه فقال عرفها حولاً ثم عرفتها حولاً ثم أتيت فقال عرفها حولاً ثم أتيت الرابعة فقال عرف عديتها وكأها وكأها فإني جاء صاحبها والا استمتعت بها وقال بعد ذلك سويد بن غفلة لا أدري ثلاثة أحوال أو حول واحد (مسألة) فان أخذ اللقطة فان ذلك لا يخلو من أحد وجهين أحدهما أن يأخذها ولا يريد التقاطها والثاني أن يأخذها ملتقطاً لها فأما الاول فان يجد ثوبا فيظنه لقوم بين يديه فيأخذ منه فيستلمهم عنه فلا يدعونه فهذا الذي له رده حيث وجده ولا ضمان عليه فيه قاله ابن القاسم ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصرف في يده ولا تعدى عليه وإنما علم به من ظن أنه له ولم يلزم فيه حكم اللقطة والوجه الثاني أن يأخذها ملتقطاً لها وبذلك لم يضمنه عند ابن القاسم حفظها وتعرفها فان ردها بعد أن أخذها قال ابن القاسم يضمنها وقال أشهب لا يضمنها ان ردها في موضعها بقرب ذلك أو بعده فلا شاهد عليه في ردها وعليه اليمين لردها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن وجه القول الاول أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم عليه بالتعريف بها فان جاء صاحبها أداها اليه ولم يقل له اتركها في موضعها كما قال في ضالة الابل مالك ولها ولا يملكها ملتقطاً لها وقد أجاز الهاعن الفرري حالة يؤمن عليها فان ردها الى موضعها ففسد أعادها الى الفرر فعليه ضمانها كمن أخرج صبياً لغيره من بئر يخاف عليه فيها الهلاك ثم رده فيها فهلك فانه يضمن أو أخرج ثوباً من النار قبل ان يحترق ثم رده في النار فاحترق ووجه قول أشهب انه لم يأخذها على وجه التعدي والضمان فاذا أعادها الى موضعها فلتفت فيه فذلك بمنزلة أن يتركها فيه أو لا فلتفت فيه فلا ضمان عليه كضالة الابل (مسألة) ولودفع الملتقط اللقطة الى غيره يعرفها فضاءت فلا شيء على الملتقط قاله ابن القاسم قال ابن كنانة وكذلك لو قال له اعمل بها ما شئت ووجه ذلك ان يكون دفعها الى مثله في الثقة والامانة وقدر روى ذلك عن ابن القاسم واذا قال له اصنع بها ما شئت وذلك ان يكون دفعها الى مثله فهو قد أعلمه بأصلها فلا يؤثر قوله له اعمل بها ما شئت لأنه ليس الثاني أن يعمل بها الامال الاول وانما جاز في اللقطة أن يخرجهما عن يده لغير ضرورة ولم يجز ذلك في الوديعة لأن المودع دفع اليه الوديعة صاحبها ولم يرض الا بامنته فهو متعديان دفعها الى غيره وأما اللقطة فلم يأخذها باختيار صاحبها فكانت حاله وحال من هو مثله في الامانة سواء لأن صاحبها لم يعينه لحفظها (مسألة) ولو ادعى الملتقط ضياع اللقطة فقد قال ابن القاسم لا شيء عليه قال أشهب وابن نافع عليه اليمين قال أشهب وان ادعى صاحبها فيها انه التقطها لذهب بها فهو مصدق في قوله التقطتها لا عرف بها فلا يمين ووجه ذلك ان يده يدا مائة فلا ضمان عليه في الضياع ولا طريق الى معرفة ما في نفسه من التعريف بها أو غيره فلا يلزم منه اليمين لارتفع أهل العدالة والخير عن حفظ لقطة ليُدفع عن نفسه اليمين اذا طريق الى دفع ذلك عن نفسه والاطلاع على ضميره فلم يجب عليه يمين

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاها قال ابن القاسم العفاص الخرقه والخريطة والوكاء الخيط الذي تربط به . وقال عمر بن عيسى الأعشى وعن أشهب في النوادر العفاص والرباط والوكاء ما فيه اللقطة من خرقه أو غيرها والذي قاله ابن القاسم أصح لأن الوكاها في كلام العرب ما يربط به وكذلك روى في حديث أبي المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له اعرف عدتها ووعاها ووكاها فاجعل مكان العفاص الوعاها وأثبت الوكاها الذي يوكأ به الوعاها فصيح انه الخيط الذي يربط به

(فصل) وقوله اعرف عفاصها ووكاها ثم عرفها سنة معناه عندي والله أعلم أن يحفظ صفة العفاص والوكاء ويحكم ذلك لينفرد بحفظه وفي النوادر لابن نافع عن مالك انه قال ينبغي للذي يعرف اللقطة أن لا يريها أحدا ولا يسميها بعينها ولا يقول من يعرف دنائير أو دراهم أو حليا أو عرضا لكن يعنى ذلك لئلا يأتى مستعمل فيصفها بصفة المعرف فيأخذها ويبين ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاها ثم عرفها ولم يقل ثم عرف بذلك ولا برزها وأظهرها ولو جازله أن يذكر صفتها لما احتاج الى حفظ العفاص والوكاء ولأغنى عن ذلك اظهارها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ثم عرفها سنة قدر في حديث زيد بن خالد ملة التعريف بالسنة وفي حديث أبي انه أمره بذلك ثلاث مرات ثم شك في ثلاثة أو واحدة فان ثبتت الأعوام الثلاثة في حديث أبي دون شك فلم يأمره كل مرة الا بالتعريف سنة ومعنى ذلك أن يكون الأصل حديث زيد بن خالد الجهني لانه سالم من الشك وحديث أبي شك فيه الراوى والثاني أن يجمع بين الحديثين فان السائل في حديث زيد بن خالد هو أعرابي وكذلك رواه سفيان الثوري عن ربيعة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالحق الواجب الذي لا يستبج اللقطة دونه وأبي بن كعب من فقهاء الصحابة وفضلهم ومن أهل الورع والزهاد فندبه النبي صلى الله عليه وسلم الى التوقيف عنها أعواما وان كانت مباحته بعد أول عام لكن مثل أبي من أهل العلم والورع لا يسرع الى كل ما هو مباح بل يتوقف عنه ويستظهر فيه ومن جهة المعنى ان الحول قد جعل في الشريعة مدة للاختبار كاختبار العين وما جرى مجرى ذلك وهذا في الأغلب مما اتصل فيه الأنباء وترد فيه الأخبار والله أعلم وأحكم (مسألة) وصفة التعريف قال ابن نافع عن مالك يعرفها كل بومين أو ثلاثة وكلما يتفرغ ولا يجب عليه أن يدع التصرف في حوائجه ويعرفها

(فصل) وقوله فان جاء صاحبها والافشأ نك بها يريد والله أعلم من تعلم انه صاحبها أو يغلب على ظنك انه صاحبها بينة أو باخباره عما مرت بحفظه من صفاتها فتدفعها اليه وقال الشافعي لا يدفع الا الى من يقيم بينة بها والدليل على ما نقله قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أخرجه البخارى عن سفيان عن ربيعة عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاها فان جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكاها والا فاستنق بها وهذا نص في موضع الخلاف وهذه فائدة حفظ صفة العفاص والوكاء أن يكون من أتى فأخبر عنها بذلك انه صاحبها ودفع اليه ان الأغلب من حالها انه لا يأتى بصفتها الا صاحبها ومن جهة المعنى انه لا يقدر أحد أن يشهد على كل ما معه من ماله وما يخرج به من نفقته فلم ترد لقطه الا على من يقيم بها بينة لذهب أكثر ذلك بل جميعه فلا يكاد أن يقوم شيء منه بينة (مسألة) والمرامى فيما يصف من ذلك صفة العفاص والوكاء والعددان كانت دراهم أو دنائير قاله ابن القاسم وأشهب وعند أصبغ العفاص والوكاء وأصل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي بن كعب اعرف عدتها

ووكاءها ووعاءها فان جاء صاحبها والافاستمتع بها فأمر باعتبار هذه الثلاثة فمن وصفها استحق اللقطة ومن جهة المعنى ان الغالب من أحوال الناس معرفة صاحبها بصفة ووعاء الدراهم وصفة الوكاء وكثير من الناس يعرف العدد ان كانت معدودة أو الوزن ان كانت موزونة وظاهر قول أصبح مبنى على التعلق بحديث يزيد بن خالد وليس فيه ذكر العدد (فرع) وهل يلزمه مع هذا عين أم لا المشهور من المذهب وهو الظاهر من قول ابن القاسم أن لا يمين عليه وقال أشهب ان وصف ذلك كله لم يأخذها إلا بيمينه انما له وجه قول ابن القاسم انه ليس هناك من ينزعه فيها ولا من ينزعه عنه فلا معنى لهذه اليمين ولانها لو كانت اليمين تجب لغائب لم يصح الإبأمر حاكم ووجه قول أشهب ان هذا نوع من الاستحقاق من يد مدع (فرع) وهل من شرط دفعها اليه أن يأتي بهذه الصفات الثلاث قال محمد بن عبد الحكم لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها الا في معنى واحد أن يصف عددا فيوجد أقل وقال أشهب ان عرف منها وصفين ولم يعرف الثالث دفعت اليه وقال أصبح ان عرف العفاص وحده فليس يستبرأ فان جاء أحد ولا أعطيها وما ذكر في الحديث اعرف العفاص والوكاء ليس على أن يستحقها الا بمعرفتها كما جاز في شرط الخليطين أصناف تجري وان انخرم بعضها فالظاهر من قول أشهب انه لا يعطى بأقل من وصفين انه أقل ما يعتبر في الحديث قال الشيخ أبو محمد وقد رأيت لبعض أحنابنا لا يأخذها الا بمعرفة العفاص والوكاء وقول أصبح ظاهر في انه يعطى من أي بالصفة الواحدة من الصفتين المتقدمتين ولا يبعد أن يكون مذهب ابن عبد الحكم موافقا له لانه انما امتنع من دفعها اليه اذا أخطأ في الصفتين وصف شيئا من ذلك بغير صفة وقد اختلف في هذا قول أصبح فقال ان قال في خرقه حمراء وخيط أصفر فوجدت الخرقه حمراء والخيط أسود فقال يستبرأ أيضا أمرها ثم رجع ثم قال هذا كذب نفسه في ادعائه المعرفة فلا يصدق وانما يصدق لو أصاب في بعض وادعى الجهالة في بعض وهذا الذي قال أشهب يدفع اليه لانه قد سمى بعض الصفات وقد قال أشهب لو أخطأ في صفتها لم يعطها فان وصفها مرة أخرى فأصابها لم يعطها ووجه ذلك ان هذا خارج الى حد التضمن والخبر لانه اذا وصف صفة فخطأ فلا بد أن يصادف فيأخذها ليس له فذلك يؤخذ بأول قوله ووجه قول أصبح انها صفات ورد الشرع باعتبارها فجاز أن يقتصر على بعضها كصفات الخلطاء (مسئلة) ولو عرف رجل عفاصها ووكاءها أو وكاءها وحده وعرف آخر عدد الدنانير ووزنها كانت لمن عرف العفاص والوكاء أو الوكاء وحده قاله في العتبية أصبح وزاد ابن حبيب عنه انه قال ولكني أستحسن أن يقسم بينهما كما لو اجتمع على معرفة العفاص والوكاء ويتمالفان فان نكل واحد منهما دفعت الى الخالف وهذا جنوح منه الى الخاف معرفة العدد بمعرفة العفاص والوكاء (مسئلة) وأما معرفة سكة الدنانير أو الدراهم فقد قال سحنون في كتاب ابنه اذا وصف سكة دنانير اللقطة طالبها لم يستحقها بذلك حتى يذ كر علامة فيها غير السكة وقال يعقوب بن عمر ما يتبين لي قول سحنون وأرى اذا وصف السكة في الدينار وذ كر نقص الدنانير ان كان فيها نقص فأجاب بذلك انه يأخذها وجه قول سحنون ان السكة اذا كانت واحدة بالبلد فهو بمنزلة أن يقول هي دنانير فهذا لا يستحق به شيئا لان الغالب اذا كانت دنانير أن تكون من سكة البلد الذي لا يجري فيه غيرها وانما يكون ذلك لو كانت سكة شاذة ليست بمعرفة فيها ولذلك اشترط سحنون زيادة علامة في دينار من الدنانير مما لا يكون معتادا ولعله هذا الذي أراد يعقوب بن عمر أو يكون ببلد فيه سكك مختلفة على أنه اشترط مع ذلك أن يعرف

تقص بعض الدنانير وهذه علامة زائدة على معرفة السكة كالتي شرط سمعون والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله فان جاء صاحبها والافشأ نك بها معناه والله أعلم فان جاء صاحبها وهو الذي يصفها
 أخذها على حسب ما تقدم وهذا اذا كان الذي وصفها واحدا فان وصفها رجلا نساويا في صفتها
 حلقا وتقساما ومن نكل منهما فهي للآخر فان وصفها أحدهما فأخذها ثم أتى آخر فوصفها
 قال ابن القاسم لا يدفع الدافع اليه شيئا وقاله أشهب وزاد أنه ان كان الثاني وصفها فلا شيء له وان أتى
 بينة الأول واصف فصاحب البينة أحق بها ومعنى ذلك ان الأول قد صارت له يد فاذا تساويا كان
 أحق بها اليد المتقدمة وان أقام الثاني بينة بالملك فيبينة الملك أقوى من اليد والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله فشأنك بها اباحه التصرف فيها لما رآه من انفاق أو صدقة أو التنادي على الحفظ
 وقدرى البضارى من طريق اسماعيل بن جعفر عن ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفها
 سنة ثم اعرفى وكأها وعفاصها ثم استنفق بها وان جاء بها فأدأها اليه وروى سويد بن غفلة في
 حديث أبي أنه أمره بتعريفها حول لا بعد حول فدل ذلك على جواز الاستنفاق على معنى الاستسلاف
 لها وأنه متى أتى صاحبها كان له أخذها ورأى مالك وابن القاسم ان أفضل ذلك أن يتصدق بها فان
 جاء صاحبها أداها اليه وان لم يأت كان له أخذها لان ذلك أنزه وأبرأ من التسرع اليها وترك الاجتهاد
 في تعريفها ومن استنفقها بعد الاجتهاد في التعريف على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم فلا ثم عليه
 ومتى أتى صاحبها أداها اليه قال صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فأدأها اليه قال ابن وهب فان
 مات ولا شيء له فهو في سعة ان شاء الله لان النبي صلى الله عليه وسلم أذن له في أكلها (مسئلة) وهذا
 في الشيء الذي له مقدار فأما الشيء التافه الذي لا قدر له ويعلم أن صاحبه لا يتبعه فلا تعريف فيه وقد قال
 أشهب في الذي يبعد العما والسوط يعرفانه فان لم يعرف به فأرجو أن يكون خفيفا ومعنى ذلك
 أن لا يمن له الا بعض الدرهم وقال أشهب في الدرهم وما أشبهه لأبأس أن يتصدق به قبل السنة وأصل
 هذا ما روى طلحة بن مطرف عن أنس قال مر النبي صلى الله عليه وسلم بقرة في الطريق فقال
 لولا أنى أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها فأخبر صلى الله عليه وسلم أنه انما تمنع من أكلها مخافة
 أن تكون من الصدقة ولا تحمل له الصدقة ولم يذكر تعريفها (مسئلة) * قال القاضي أبو الوليد
 رضى الله عنه وهذا عندى حكم لقطة كل بلد الامكة فان لقطتها لاستباح بعد التعريف سنة وعلى
 صاحبها أن يعرفها أبدا والدليل على ذلك ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح
 مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال انها لا تحمل لاحد بعدى لا ينفر صيدها ولا يحتلى
 خلاها ولا تحمل لقطتها الا لمن شذخص مكة بهذا الحكم وحرم ساقطتها على منفعها أو متصدق بها
 وجعلها لمن ينشدها خاصة ومن جهة المعنى ان مكة يردها الناس من كل أفق بعيد فهو في تعريفها
 أبدا يرجو أن يصل الخبر الى البلاد النائية ويتمكن لمن وصل اليه الخبر أن يردها لطلبها أو يستنقب
 في ذلك فأما في سائر البلاد فانه اذا طال أمدها ولم يأت من يتعرفها فان الظاهر ان صاحبها قد
 انقطع خبره بموت أو بعد لا يرجى والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله فضاله الغنم قال صلى الله عليه وسلم هي لك أو لاختك أو لثوب قال عيسى بن
 دينار ان ذلك في القفار أو البعيد من القرى وحيث ان تركها أكلها السبع وهي معنى قوله هي لك
 أو لاختك أو لثوب يريد والله أعلم أن صاحبها لا يرجى رجوعه اليها ان أخذتها أنت والا أخذها
 أخوك من المسلمين أو أكلها السبع ومعنى ذلك والله أعلم اباحه أخذها وأكلها (مسئلة)

اذ اثبت ذلك فان اللقطة على ثلاثة أضرب ضرب يبق في يد من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالتياب والدنانير والدرهم والعروض وضرب لا يبق في يد من يحفظه ويخاف عليه الضياع مع الترك كالشاة في الفلاة فان كانت في خربة أو موضع يجرد من يحفظها في غنم فان لها حكم اللقطة التي تبق يعرفها سنة وضرب ثالث لا يخاف عليها الضياع كالأبل فهذا سيأتى ذكره ان شاء الله (مسئلة) ومن وجد شاة بفلاة فنقلها الى عمران فان كان نقلها حية كان حكمها حكم اللقطة يلزمه التعريف وان ذبحها ونقلها فقد قال أصبغ في العتبية له أكلها غنيا كان عنها أوفقرا ويصير لها وجلدها مالا من ماله فان جاء صاحبها بعد ذلك فلا ضمان عليه الآن يجدي يده ذلك فيكون أحق به ووجه ذلك انه قد حازها بالذبح كما لو طبخها وصيرها طعاما قبل أن ينقلها (مسئلة) ومما لا يبق بيد من يحفظه الطعام الذي لا يبق من الفواكه والأدم فهذا ان كان في فلاة أو في غير موضع عمارة فحكمه حكم الشاة توجد بالفلاة لان الشاة وان كانت تبق فلا يمكن من وجدها ان يقيم عليها ولأن يحملها وهذا الطعام وان كان خفيفا يمكن من حملها فانه لا يبق بيد من حمله وكذلك روى ابن حبيب عن مطرف قال وأكله أفضل من طرحه فيضيع وأما ان كان في الخضر وحيث الناس فيصدق به أحب الى من أكله فان تصدق به لم يضمنه وان أكله ضمنه وقال أشهب أما في غير الفيا فيبيع ويعرف به فان جاء صاحبه دفع اليه ثمنه ليس له غير ذلك وروى ابن مزين عن عيسى فبين وجد مالا يبق من الطعام في فلاة أو حاضرة فعرفه ثم أكله أو تصدق به ثم جاء صاحبه فلا شيء عليه ووجه ذلك ما قدمناه انه اذا كان بفلاة فلا صنع له فيه الا أكله وذلك خير من تضييع نعمة من نعم الله تعالى وأما ان كان بغير فلاة فانه على قول مطرف يتصدق به ولا يلزمه يبعه لان البيع مما يلزم الملتقط وانما يلزمه الحفظ ما أمكنه وعلى قول أشهب يبيعه لانه لما تعذر عليه حفظ عين اللقطة عاد الى حفظ ثمنها لانه بدل منها

(فصل) وقوله الذي سأله عن ضالة الأبل مالئ ولها يحتمل أن يكون معناه المنع من أخذها وضمائها فان اللقطة انما تؤخذ على معنى الحفظ لصاحبها وهي مما لا يسرع التلف اليها ولذلك قال صلى الله عليه وسلم معها سقاؤها قال عيسى معناه أنها تصبر عن الماء ثلاثة أيام وأكثر حتى تجد سبيلا الى الورود فجعل صبرها عن الماء بمعنى السقاء وحذاؤها قال عيسى معناه اخفافها ترد الماء وتأك كل الشجر حتى يلقاها ربهانها على انها تمتنع من عوادي السباع في الأغلب وانها مع وردها الماء وأكلها من الشجر الذي لا يبعد منها ستبق بامتناعها الى أن يلقاها ربهانها فخذها والتقاطها يمنع صاحبها من وجودها ويضر به في طلبها لانه قد يطلها في الجبال ومواضع الماء والشجر فان منعت من تلك المواضع لم يجدها ربهانها ويحتمل أن يكون معنى قوله مالئ ولها المنع من التصرف فيها بعد تعريفها لان من التقط ثوبا أو دنانير تكلف حفظها مدة سنة مع خوف الضياع عليها ان لم يأخذها من وجدها فلذلك كان له الانتفاع بها بعد تكلف تعريفها وأما من وجد ضالة الأبل فتكلف حفظها فقد تكلف ما يستغنى عنه فيه بل ربما استضر به وان كانت فيه منفعة فنادرة ويسيرة غير مغلظة من مضرة الاتفاق عليها فلذلك لم يكن له الانتفاع بعد تعريفها ويحتمل عندى أن يكون معنى قوله صلى الله عليه وسلم في ضالة الغنم هي لك أو لأخيك أو لذئيب فنهى عن أخذها على هذا الوجه وهو ممنوع باتفاق (فرع) فاذا قلنا بالوجه الأول فعناه انه اذا أبيع للناس أخذها تسرع الى أكلها في ذلك بالأمر اض والخوف عليها ومن أخذها احتاج الى الاتفاق عليها وهي اذا كانت في مواضع لم يحفظ

صاحبها بها لها وكذلك ملقط اللقطة يجب أن يتوخى تعريفها المواضع التي يغلب على ظنه أنه ينتشر منها خبرها ويصل سببه إلى صاحبها فيذكر ذلك على أبواب المساجد وبجامع الأسواق فإن كان بطريق خاص بالسؤال أهل تلك الجهات ومن يمر عليها ولا يترك إعلام غيرهم بها وقوله فإذا مضت السنة فشاؤك بها على ما تقدم في حديث زيد بن خالد الجهني ص * مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجهأ إلى عبد الله بن عمر فقال له إني وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها قال قد فعلت قال زد قال قد فعلت فقال له عبد الله بن عمر لا تأكلها ولو شئت لم تأخذها * ش سؤال نافع بن عمر عن اللقطة التي وجدها على حسب ما يفعل الطلبة ومن يريد التخلص من سؤال علمائهم لا سيما مع اختصاصه بابن عمر فقار له ابن عمر عرفها ولم يحمله مدة ستة سنين كانت مما يعرف سنة ثلاثين من التحديد إباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة وكان ابن عمر يكره لأهل الورع ومن يختص به التصرف فيها بالأكل لها وقد قال مالك لا أرى لصاحب اللقطة أن يأكلها ولكن يتصدق بها أحب إلى ويخبر صاحبها إذا جاء فإن شاء أجازها وإن شاء غرمها له وإنما كره مالك أكلها لثلاثا يتسرع الناس إليها ولثلاثين به ذلك ولذلك قال ابن عمر لا تأكلها ولم يأمره أن يتصدق بها لانه لعلة لم يعلمه ما لا يقضى منه صاحب اللقطة إذا جاء ولم يجز الصدقة ومن كان بهذه الصفة فلا يستحب له أن يتصدق بها فإن فعل فلا إثم عليه (فرع) فإن تصدق بها أو أكلها وجاء صاحبها فطلبها فهو أسوة الغرما قاله ابن وهب ووجه ذلك أنه دين ثابت في ذمته بوجه حق

✽ القضاء في استهلاك العبد اللقطة ✽

ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في العبد يجده اللقطة فيستهلكها قبل أن يبلغ الاجل الذي أجل في اللقطة وذلك سنة إنها في رقبته أما أن يعطى سيده ثمن ما استهلك غلامه وأما أن يسلم اليهم غلامه فإن أمسكها حتى يأتي الاجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناً عليه يتبع به ولم تكن في رقبته ولم يكن على سيده فيها شيء * ش ومعنى ذلك أن استهلاك اللقطة قبل تمام السنة ممنوع منه لحق صاحبها فإذا تعدى عليها العبد واستهلك في رقبته قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون سواء أكلها أو أكل ثمنها أو وهبها أو تصدق بها ووجه ذلك أن ما أكلها جناية على أي وجه كان فهو في رقبته فاما أن يقتدي به فغير ما استهلك وأما أن يسلمه (مسئله) وأما أن كان مدبراً فقال أشهب والمغيرة أما أن يسلم السيد خدمته يستخدم بقدر ما جنى ثم يعود إلى سيده فإن مات سيده قبل استيفاء ما عليه عتق في ثلث سيده وأتبع بما بقي وأما أم الولد فعلى سيدها الأقل من قيمتها وقيمة ما ألفت وأما المكاتب في رقبته أما أن يؤدي قيمة ما استهلك وأما عجز ثم يخير سيده بين إسلامه بها عداو بين أن يقتديه ويبقى له عبداً

(فصل) وقوله وإن أمسكها حتى يأتي الاجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناً عليه ولم يكن في رقبته ولا على سيده يريد أن مجرد الامساك مدة السنة في العبد بخبرها عن أن تكون جناية تتعلق برقبته وإن قال لم أعرفها لأنه لو قال عرفها لكان مصداقاً لذلك فإذا أنكر التعريف لم يصدق على سيده كالأمر بجناية خطأ وأما الحرفان لا يبيح له الاتفاغ بها بعد السنة إلا تعريه بها في مدة السنة ولو أقامت عنده أعواماً لا يعرفها لا يستبيح بذلك انفاقها وكذلك العبد فيما بينه وبين ربه وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أباح هذا بعد تعريف سنة فقال عرفها سنة * قال القاضي

* مالك عن نافع أن رجلا وجد لقطة فجهأ إلى عبد الله بن عمر فقال له إني وجدت لقطة فماذا ترى فيها فقال له عبد الله بن عمر عرفها لم يحمله مدة ستة سنين كانت مما يعرف سنة ثلاثين من التحديد إباحة التصرف فيها بعد انقضاء السنة وكان ابن عمر يكره لأهل الورع ومن يختص به التصرف فيها بالأكل لها وقد قال مالك لا أرى لصاحب اللقطة أن يأكلها ولكن يتصدق بها أحب إلى ويخبر صاحبها إذا جاء فإن شاء أجازها وإن شاء غرمها له وإنما كره مالك أكلها لثلاثا يتسرع الناس إليها ولثلاثين به ذلك ولذلك قال ابن عمر لا تأكلها ولم يأمره أن يتصدق بها لانه لعلة لم يعلمه ما لا يقضى منه صاحب اللقطة إذا جاء ولم يجز الصدقة ومن كان بهذه الصفة فلا يستحب له أن يتصدق بها فإن فعل فلا إثم عليه (فرع) فإن تصدق بها أو أكلها وجاء صاحبها فطلبها فهو أسوة الغرما قاله ابن وهب ووجه ذلك أنه دين ثابت في ذمته بوجه حق

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في العبد يجده اللقطة فيستهلكها قبل أن يبلغ الاجل الذي أجل في اللقطة وذلك سنة إنها في رقبته أما أن يعطى سيده ثمن ما استهلك غلامه وأما أن يسلم اليهم غلامه فإن أمسكها حتى يأتي الاجل الذي أجل في اللقطة ثم استهلكها كانت ديناً عليه يتبع به ولم يكن على سيده فيها شيء

أبو الوليد رحمه الله وهذه السنة عندى هي من يوم ابتداء بالتعريف ولا يحتاج في ذلك إلى حكم ما لم
لأنه حكم قد تقرر من النبي صلى الله عليه وسلم في كل ملقط في مثل تلك اللقطة والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في الضوال ﴾

ص ماله عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن ثابت بن الضحاك الأنصاري أخبره أنه وجد
بغير بالخرة فعقله ثم ذكره لعمر بن الخطاب فأمره عمر بن الخطاب أن يعرفه ثلاث مرات فقال له
ثابت أنه قد شغلني عن ضيعتي فقال له عمر أرسله حيث وجدته ﴿ ش قوله أنه وجد بغير بالخرة
فعقله يريد أنه منعه من الذهاب بعقله شدة به على حسب ما تعقل الأبل والدواب إذا خيف عليها ذلك
وهذا حسن له ولعله لم يبلغه حديث النبي صلى الله عليه وسلم بذلك

(فصل) وقوله فذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه يحتمل وجهين أحدهما أنه استفتاه فيما
يلزمه فيه وهذا جائز والامام في ذلك إذا كان من أهل العلم كسائر العلماء أن كانت مسألة اتفاق
وإن كانت مسألة اختلاف فالحكم جار على رأيه والثاني أن يكون رفع الأمر إليه لينظر فيه وقد قال
مالك من وجد بغيراً فليأت به الامام فيبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال حتى يأتي به ولا يوكل بذلك من
وجده ليكون الثمن عنده ولكن عند الامام ليكون أمكن له إذا أتى وقال أشهب إن كان الامام
عدلاً رفعها إليه وإن كان غير عدل فليخلها حيث وجدها

(فصل) وقوله فأمره عمر أن يعرفه ثلاث مرات يقتضي ظاهراً أنه أمره بذلك مرة ففعل ثم سأله
فأمره بتعريفه ثانية حتى أكل ثلاث مرات على حسب ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بأبي بن كعب
فقد كان ثابت بن الضحاك من فضلاء الصحابة وعن شهيد ببيعة الرضوان ويحتمل أيضاً أن يكون
كرر اللفظ بذلك ثلاث مرات في وقت واحد اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم فيأمره عن أنس أنه
كان إذا تكلم كرراً القول ثلاث مرات ولم يوقت مدة التعريف لأن هذا التعريف لما لم يكن واجبا
ولم يتعقبه استباحة ما تعرف بوجه لم تكن مدته مؤقتة

(فصل) وقول ثابت أنه قد شغلني عن ضيعتي يريد أن حفظه قد شغله عما يتصرف فيه من النظر
في ضيعته فقال له عمر أرسله حيث وجدته وفي العتبية قال مالك أرسل إلى الحسن بن زيد فسألني
عن رجل أصاب ثلاثة أبعرة ضالة فقال إنها قد آذنتني فأمره أن يرسلها حيث أصابها ووجه ذلك أن
عقله للبعير وأخذ له على وجه حفظه لصاحبه لا يلزمه به حق الحفظ له كما يلزم ذلك في اللقطة لحفظه
وذلك أن أخذه غير مأثور به ولا فيه منفعة لصاحب البعير فلا يتعلق به حق صاحب البعير ولذلك
جازه أن يرسله حيث وجده وأضاف أن هذا التعريف لم يكن مؤقتاً ولم يقل فيه عرفه سنة كما قال
لعبد الله بن بدر حين وجد الثمانين ديناراً عرفها سنة لم يتعقبه استباحة اللقطة ولذلك قال لثابت في
البعير رده حيث وجدته وقال لعبد الله بن بدر بعد تعريف سنة شأنك بها وقد روى ابن مزين عن
عيسى أنه إنما أمره بتخليتها حيث وجدها لأنه أخطأ أولاً في أخذها لأن الحديث قد جاء بالنهي عن
ذلك ويحتمل عندى ما تقدم أنه نهى عن أخذها لمن أراد تملكها الآن كضالة الغنم ولئن أراد
التصرف فيها بعد التعريف كاللقطة ولذلك لم ينكر رضي الله عنه على ثابت أخذ البعير الذي وجده
بالخرة وأمره بتعريفه ثم أمره برده إلى موضعه الذي وجده فيه فأنما منعه من تملكه أولاً ومن
التصرف فيه بعد التعريف وهذا يقتضي أنه حل حديث النبي صلى الله عليه وسلم في ضالة الأبل على

﴿ القضاء في الضوال ﴾

حدثني مالك عن يحيى بن
سعيد عن سليمان بن يسار
أن ثابت بن الضحاك
الأنصاري أخبره أنه وجد
بغيراً بالخرة فعقله ثم
ذكره لعمر بن الخطاب
فأمره عمر أن يعرفه
ثلاث مرات فقال له ثابت
أنه قد شغلني عن ضيعتي
فقال له عمر أرسله حيث
وجدته

ذلك والله أعلم وأحكم وتضمن حديث عمر جواز رد الإبل إلى موضعها بعد أخذها بخلاف اللقطة والفرق بينهما من جهة المعنى أن الإبل الضالة إذا ردت إلى مكانها لم ينخف عليها ضياع لأنها ترد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم حتى يلقاها ربه ولقطة الدنانير والدرهم إذا ردت إلى مكانها لم يشك في ضياعها فكان الملتقط الذي عرفها سنة أولى بها (فرع) وهل يرسلها بيينة قال مالك في العتبية ليس له أن يشهد على إرسالها قال ابن نافع وأحب إلى أن يشهد على ذلك ووجه ذلك أنها إلى الأمانة والإبل مما لا يغاب عليها وإنما حفظها لصاحبها فكان مصداقاً لإرسالها مع أنه يشق الشهاد على ذلك لأنه إذا أرسلها حيث وجدها وأكثر ما توجد في الفياق والقفار البعيدة تعذر الشهاد على ذلك ص **✽** مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال وهو مسند ظهره إلى الكعبة من أخذ ضالة فهو ضال **✽** ش قوله رضي الله عنه من أخذ ضالة فهو ضال قال في كتاب ابن مزين من روى أنه أشبه عن مالك ما معناه غطى وهذا على ما قال لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن أخذها مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربه فإن خالف ذلك فقد أخطأ وصل في فعله ذلك إلا أنه خطأ ليس فيه تعدد على صاحبها إذا لم يبعدها عن موضعها وإنما عقلها في ذلك الموضع وعرفها ثم أرسلها حيث وجدها ولذلك لم يلزم ضمان الضالة إذا ردت إلى مكانها وأما أن تلفت بيده في وقت حفظها فالظاهر من قول مالك أنه لا يضمنها لأنه ليس في أخذها لها على وجه الحفظ والتعريف إضرار بصاحبها وقد قال مالك أنه أنفق عليها الآخذ الم عرف لها ثم جاء صاحبها لم يكن له أن يأخذها حتى يؤدي ما أنفق عليها الآخذها أنفق بأمر سلطان أو بغير أمره والظاهر عندي أنه ليس بمتعد في أخذها ليحفظها لصاحبها ويرفع أمرها إلى الإمام على حسب ما فعله ثابت بن الضحاك ولو كان متعدياً في ذلك لضمنها وإن تلفت بغير فعله ولأنكر عمر بن الخطاب على ثابت أخذها وقد قال مالك من وجد بغير أمانة الإمام فأمره بأخذها ونقله إلى الإمام ويحتمل عندي أن يكون معنى قول عمر من أخذ ضالة فهو ضال فحين أخذها مقلداً لها ومسرعا إلى أكلها على حسب ما يفعل بضالة الغنم أو فحين أخذها ليعرفها مدة فإن جاء صاحبها والاتصرف فيها بما شاء من الأكل وغيره فهذا الذي يمكن أن يوصف بأنه ضال وبأنه متعدي ويضمن ما تلف بيده والله أعلم وأحكم ص **✽** مالك أنه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الإبل في زمن عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تتابع لا يمسه أحد حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطى منها **✽** ش قوله كانت ضوال الإبل في زمان عمر إبلا مؤبلة يعني أنها كانت لا يأخذها أحد وإن أخذ منها الواحدة مثل ما أخذ ثابت بن الضحاك ممن لم يبلغه النهي أو ممن بلغه النهي وتأوله على حسب ما قدمناه فكان الأكثر لا يؤخذ فبقى مؤبلة تتابع لا يمسه أحد فلما كان زمان عثمان أمر بتعريفها ثم تباع لصاحبها يعطى منها إذا جاء وذلك والله أعلم لما كثر في الناس من لم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم من كان لا يعرف عن أخذها إذا تكررت رؤيته لها حتى يعلم أنها ضالة فرأى أن الاحتياط عليها أن ينظر فيها الإمام فيبيعها ويبقى التعريف فيها فإذا جاء صاحبها أعطى منها وحل حديث النبي صلى الله عليه وسلم في المنع من أخذها على وقت امسالك الناس عن أخذها ويحتمل أيضاً أنه كان يبيعها إذا شئ من محبي صاحبها بأن تطول المدد على ذلك وتتابع ويخاف عليها الموت فكان في بيعها على هذا الوجه حفظ لها على صاحبها لأنه كان ينقلها إلى الأمان التي لا يخاف عليها وقد روى عن مالك أنه قال كان علي بن أبي طالب قد بنى للضوال من بدايع لها فيه

* وحدثني مالك عن يحيى
ابن سعيد عن سعيد بن
المسيب أن عمر بن الخطاب
قال وهو مسند ظهره إلى
الكعبة من أخذ ضالة فهو
ضال * وحدثني مالك أنه
سمع ابن شهاب يقول كانت
ضوال الإبل في زمان
عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة
تتابع لا يمسه أحد حتى
إذا كان زمان عثمان بن
عفان أمر بتعريفها ثم
تباع فإذا جاء صاحبها
أعطى منها

علفها لا يسهلها ولا يهزلها من بيت المال فمن أقام بيته على شيء منها أخذه والابقيت على حالها لا يبيعها واستحسن ذلك ابن المسيب وهذا أيضا محتمل أن يكون فيما قرب عهده منها ور جاقرب أو بة صاحبها ويحتمل أيضا أن يكون على رضى الله عنه فعل ذلك في الفتنة حيث كان لا يأمن عليها أهل الفتنة ولذلك كان يكلف من طلبها البيعة لما كان يرى من استحلال بعضهم مال بعض ولعل البيعة التي كلف هي أن يصفها بصفتها أو كلفه البيعة أن أراد أن يأخذها من وقته دون تثبت ولا استئناء

(فصل) وقوله كان ينفق عليها من بيت المال ولم يذكر أنه كان يرجع على من اعترف به بما أنفق عليه من بيت المال فيحتمل أن يكون له أن يترك ذلك لهم لأن بيت المال لمصالح المسلمين وكان هذا أيضا من مصالحهم لا سيما مادعته الضرورة إلى أخذها وعلفها ولم يكن له أن يتركها ترداد الماء وتأكل الشجر كما قال صلى الله عليه وسلم ويحتمل أن يكون كان يرجع عليهم به وقد قال مالك في الآبق يتوقف به سنة ينفق عليه الإمام من بيت المال فإن جاء صاحبه فهو فيها أنفق عليه بمنزلة الأجنبي وإن لم يأت صاحبه بعد السنة باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق عليه وجعل ما بقى في بيت المال ووجه ذلك أنه لا بد له من نفقة لأنه لا يستغنى بورق الشجر كما تغفله الأبل فالأنفق عليه أكثر من حول تلف ثمنه فلزم التوقف به حولا ثم يبيعه بعد ذلك وفي النوادر قال ابن كنانة لا ينبغي لأحد أن ينفق على الدابة الضالة ولا يأخذها ولا يعرض لها لأن النفقة عليها سبب إلى إخراجها من يد صاحبها وربما جاوزت النفقة ثمنها وهذا بخلاف العبد الآبق لأن العبد الآبق يستخفى عن سيده ويقصد التغيب عنه بخلاف الأبل والدواب فانها لا تقصد ذلك وقد قال مالك في المدونة في الآبق يباع بعد السنة وليس بمنزلة ضالة الأبل لأنه يأتى بى ثانية والله أعلم وأحكم

﴿ صدقة الحى عن الميت ﴾

ص ﴿ مالك عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل عن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده أنه قال خرج سعد بن عبادة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض مغازيه فحضرت أمه الوفاة بالمدينة فقيل لها أوصى فقالت فيم أوصى إنما المال مال سعد فتوفيت قبل أن يقدم سعد فلما قدم سعد عبادة ذكر ذلك له فقال سعد يا رسول الله هل ينفعها أن أتصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقال سعد حائط كذا وكذا صدقة عنها لحائط سماء ﴿ وحديثي مالك عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن ذلك ينفعها وقد أجمع العلماء على أن صدقة الحى على الميت جائزة مشروعة مندوب إليها ولعل اتفاقهم كان من أجل هذا الحديث ويحتمل أن يكون انتفاع الميت بهذا على معنى أن المتصدق عنه يهب له أجر تلك الصدقة بعد أن وقعت الصدقة عن المتصدق ويحتمل أن يكون أوقع الصدقة على الميت وقد يكون من الأجر ما يثبت للناس بعد موته في حياته من غيرنية ولا معرفة كما يدخل عليه أجر من يغتابه وأجر من يأخذ ماله وإن لم يعلم هو بشئ من ذلك وقد روى مسروق عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صدقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها بما كسب وللخازن مثل ذلك لا ينقص بعض أجر بعض شيئا ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا قال لرسول الله صلى الله

﴿ صدقة الحى عن الميت ﴾

﴿ حدثني مالك عن سعيد

ابن عمرو بن شرحبيل عن

سعيد بن سعد بن عبادة

عن أبيه عن جده أنه قال

خرج سعد بن عبادة مع

رسول الله صلى الله عليه

وسلم في بعض مغازيه

فحضرت أمه الوفاة بالمدينة

فقيل لها أوصى فقالت فيم

أوصى إنما المال مال سعد

فتوفيت قبل أن يقدم سعد

فلما قدم سعد بن عبادة

ذكر ذلك له فقال سعد

يا رسول الله هل ينفعها أن

أتصدق عنها فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم نعم

فقال سعد حائط كذا وكذا

صدقة عنها لحائط سماء

﴿ وحديثي مالك عن هشام

ابن عروة عن أبيه عن

عائشة زوج النبي صلى

الله عليه وسلم أن رجلا

قال لرسول الله صلى الله

عليه وسلم أن أي أفتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * ش قوله أن أي أفتلتت نفسها معناه والله أعلم ماتت فجأة وأنشدوا في ذلك * وكانت منيته أفتلتنا * وتقوا العرب رأيت الهلال فلتة أذار آيته من غير قصد اليه ومنه قول عمر بن الخطاب كانت بيعة أبي بكر فلتة وفي الله شرها يريد أنها كانت بغتة من غير روية وقوله وأراها لو تكلمت يريد أنه لو علم من نيتها وحسن معتقدها ومسارعتها إلى الخير ورغبتها فيه أنها لو أمهلت وقدرت على الكلام مع الأشراف على الموت على ما يفعله أكثر الناس في مرضهم من كلامهم ووصيتهم مع تيقن الموت لشدة المرض لتصدق وتحتفل أنه قد كان علم بذلك من حالها بما أخذت معه فيه وأظهرت إليه العزيمة عليه فاستأذن النبي صلى الله عليه وسلم في أن يتصدق عنها فاذن له في ذلك فثبت أن صدقته عنها بما يتقرب به ويحتمل أن يكون قد عرف أنه حضرها ثم عجزت عن أدائه وعن قضائه بعد ذلك إلى أن توفيت وقد كانت أرادت أن تطعم عن ذلك فسأل النبي صلى الله عليه وسلم أن كان ينفعها الإطعام عنها فاذن له في ذلك ويحتمل أن يكون ذلك زكاة كانت عليها ولم توص بها وفي الموازية من علم من أبيه تفریطا في الفرائض قال مالك يطعم عنهما في الصوم مكان كل يوم مدا إن شاء وليؤد الزكاة عنهما وأما الصلاة فلا شيء في ذلك ص * مالك أنه بلغه أن رجلا من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهل كفور ابنه ما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجزت في صدقتك وخذها بمرأثك * ش قوله صلى الله عليه وسلم قد أجزت في صدقتك وخذها بمرأثك يقتضي أن أخذ صدقته لا يبطل برجوع ما تصدق به إليه بالميراث لأن رجوعها إلى المتصدق بالميراث غير موقوف على اختياره بل بموت المتصدق عليه وهي في ملكه تدخل في ملك المتصدق إذا كان يحيط بمرأته وبهذا فارق سواها فانها إنما تدخل في ملكه باختياره أو اختيار من جعل ذلك إليه وعلى تجوز ذلك جميع الفقهاء وشذت فرقة من أهل الظاهر فكرهت أخذها بالميراث ورأوه من باب الرجوع في الصدقة وهذا سهو منهم فإن ملكها بالميراث ليس موقفا على اختياره فيقال له فيه يجوز ألا يجوز ويجوز على أخذها بما يلزمه فيها من الاتفاق عليها والكسوة لها والاسكان فيها فهي بالشرع ثابتة في ملكه وانما يلزمهم أن يوجبوا عليه إخراجها عن ملكه وهذا باطل باتفاق الفقهاء والله أعلم وأحكم

* الأمر بالوصية *

ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة * ش قوله صلى الله عليه وسلم ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة مكتوبة أي يكون معناه أنه ليس حقه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة وانما من حقه تقديم وصيته والتعزُّز والاستظهار بتقديمها وتحصين ماله عليه بها فإما من لم يكن عليه دين فإنه يستحب له ذلك بمعنى تبرئه عنها والوصية بشئ من ماله في وجوه من ينتفع به فيما تقدم عليه وأما من كانت عليه ديون فقد قال كثير من مشايخنا أن ذلك واجب عليه قال في النوادر وأما من عليه تباعة أو مفرط فيه من كفارة وغيرها من زكاة أو غير ذلك بما يوصي فيه فواجب عليه أن يوصي بذلك وانما يرخص في ترك التطوع * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندى أن ذلك على قسمين فأما الديون التي جرت العادة أن تنعقد بها العقود

عليه وسلم أن أي أفتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفأصدق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * وحدثنى مالك أنه بلغه أن رجلا من الأنصار من بني الحارث بن الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهل كفور ابنه ما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجزت في صدقتك وخذها بمرأثك * وحدثنى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة

وايست مما يتكرر كالدون التي لها قدر الامانات من الودائع والوصايا تكون يسده من مال أيتام
أوغير ذلك فانه يجب عليه ذلك واماما يكون من يسير الديون التي تتكرر وتؤدي في كل يوم وتزيد
وتنقص وتتجدد فان ذلك يشق فيها لانه كان يقتضى أن يجدد وصيته في كل يوم ومع الساعات وانما
معنى ذلك عندى في الأموال التي تبقى وهذا عندى معنى قوله صلى الله عليه وسلم له شئ يوصى فيه ان
جلناه على الوجوب فان لفظ الحق أظهر في الوجوب وان كان يحتمل النذب اذا قال انه حق عليه
واذا أضاف الحق اليه وجعله له فهذا أظهر في النذب فان جلناه على الوجوب فالمراد به ما قدمناه من
الحقوق التي تكون عليه مما لا يشق تنفيذها والوصية بها وقد يكون معناه له شئ يوصى فيه ما يؤدي
منه تلك الحقوق واذا جلناه على النذب فيحتمل أن يريد به الوصية بشئ من ماله في وجوه القرب
ويكون معنى قوله له شئ يوصى فيه المال الواسع الذي يحتمل الوصية بالثلث أو أقل قال الله تعالى
كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين قال أهل التفسير
الخبر المال قال قتادة الخبر ألف دينار خافوق وقدر روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه نحوه
وروى عنه انه قال لابن عمر حين قال له أراد أن يوصى وله مابين السبع مائة الى التسعمائة لا توص فانك لم
تترك خيرا فتوصى وفي الجلة ان الوصية لمن لا دين عليه ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة وان كانت
مندوب اليها مع اليسار وعلى هذا جاعة الفقهاء ولا خلاف ان الصدقة التي ينفذها في حياته أفضل
والأصل في ذلك ما رواه أبو زرعة عن أبي هريرة قال قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم أى الصدقة
أفضل قال أن تصدق وانت صحيح حريص تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى اذا بلغت الخلقوم
قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان وأما غير الموصى فقد حكى ابن حبيب ان عليا رضى الله
عنه قال لعلي بن ذكوان الوصية له لا توص انما قال الله سبحانه وتعالى ان ترك خيرا وانت لا تترك الا اليسير
دع مالك لبنيك وكان ماله من السبع مائة الى التسعمائة وقيل لعائشة رضى الله عنها أى وصى من ترك
أربع مائة وله عدة من الولد بنون فقالت ما في هذا فضل عن ولده والأصل في ذلك ما روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لسعد بن أبي وقاص انك ان تذر ورثتك أغنيا خير من أن تدعهم عالة
يتكففون الناس

(فصل) وقوله الا ووصيته عنده مكتوبة الوصية تتضمن موصيا وموصى له وموصى به ونحن نفرده
لكل نوع من ذلك باباين فيه حكمه ان شاء الله تعالى

(الباب الاول في الموصى)

فاما الموصى فن شرطه أن يكون عاقلا يراد والله أعلم قد أثبت فيها بالكتاب والشهاد عليه ما يريد أن
يوصى به من حق عليه أو وجهه يوصى فيه بشئ وفي المجموعة والعقبة من رواية ابن القاسم عن مالك
كان من أدركت يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية وما زال ذلك من شأن الناس بالمدينة وانه ليعجبني
وأراه حسنا قال أشهب في المجموعة كل ذلك لا بأس به تشهد أو لم يتشهد وقد تشهدنا فقهاء
صالحون وترك ذلك بعض الناس وهو قليل وفي المدونة لم يذكر مالك كيف التشهد وروى ابن عون
في وصية محمد بن سيرين قال هذا ما أوصى به محمد بن أبي عمرة بنيه وأهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات
بينهم ويطيعوا الله ورسوله ان كانوا مؤمنين أو صاهم بما أوصى به ابراهيم بنيه ويعقوب يابني ان الله
اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا واتم مسامون وأن لا ترغبوا أن تكونوا اخوانا للانصار ومواليهم
فان العفة والصدق خير وأبقى وأكرم من الرياء والكنب ثم أوصى فيما ترك ان حدث به حادث الموت

قبل أن يعين وصيته ثم ذكر حاجته قال ابن عون فذكر لنا نافع مولى ابن عمر فقال كانت أم المؤمنين
توصي بهذا وحدث عن أنس بن مالك أنه قال كانوا يوصون أنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده
ورسوله وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم أن كانوا مؤمنين وأوصى بما
أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب يابني أن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن الا وأنتم مسلمون وأوصى أنه
ان مات من مرضه هذا قال أشهب عن مالك في المجموعة قيل له ان رجلا كتب في ذلك أو من بالقدر
خير وشره حلوه وممره قال ما أرى هذا الا وكتب الظفرية والباطنية قد كتب من مضى وصاياهم فلم
يكتبوا مثل هذا (مسئلة) فمن كتب وصيته بخطه فوجدت في تركه وعرف انه خطه بشهادة
عدلين فلا يشبث شيء منها حتى يشهد عليها وقد يكتب ولا يعزم ورواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة
والعتبية قال ابن المواز عن أشهب ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول انها وصيتي
وان ما فيها حق وان لم يقرأها وكذلك لو قرأها وقالوا نشهد انها وصيتك وان ما فيها حق وان لم يقرأها
وكذلك لو قرأها وقالوا نشهد فقال نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال ابن المواز عن مالك
وان لم يقرأها عليهم فليشهدوا انها وصيته أشهدنا على ما فيها ووجه ذلك انه اذا كانت الوصية منشورة
يرون ان جميعها مكتوبة ثم نظروا الى تقييد الشهادة في أثرها فليشهدوا وليس عليهم قراءة الوصية
فقد يرد التستر عنهم بما فيها وقد يطول عقد الوصية فيشوق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك
لانه انما يشهد على الموصى بما أشهده فان كان مما يجوز انفاذه أنفذ وان كان مما لا يجوز انفاذه رد فلا
شيء في ذلك على الشاهد وكذلك سائر العقود والسجلات الا أن يكون من الاستدعاء آت التي تتقيد
على علم الشهود فلهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويفهمه لانه يخبر عن جميعه انه في علمه وعلى ذلك يكتب
شهادته فيلزمه أن يتصفحه ليعلم أن جميعه في علمه ومما يصح له أن يشهده (مسئلة) ومن كتب
وصيته وختم عليها وقال للشهود أشهدوا على ما فيها فكتبوا شهادتهم ثم مات في العتبية والموازية من
رواية أشهب عن مالك ان لم يشك الشاهد في الطابع فليشهدوا بشك فلا يشهدوا اذا لم يكن الكتاب
عنده حتى يتيقن انه خاتمه بعينه ولم يفض وأجودهم عندى شهادة الذي الوصية في يده والآخرون
يشهدون ببلغ علمهم ويحملون ما تحملوا وقال أيضا وأما الآخرون فلا أدري كيف يشهدون وكذلك
روى ابن القاسم عن مالك ووجه ذلك أن من جاء بكتاب مختوم يقول انه وصيته ويدعو الشهود الى أن
يشهدوا عليه بما فيها فانهم ان يختموا عليها بخواتمهم فلم يجز لهم أن يشهدوا مخافة أن يكون لم يكتب فيها
شيئا ثم يكتب ما شاء بعد اشهادهم ويزيد ان شاء على ما كان فيها يوم الشهادة لهم فيه ودون الشهادة
على ما لم يكن أشهدهم عليه يوم الاشهاد وانما أحدثه بعد ذلك وأما اذا راوا انها مكتوبة فانها تجوز لهم
الشهادة عليه بما فيه لانهم لا يسلمون مما قدمناه ولو كانت الوصية على حالها عند أحد الشهود جاز له
أن يشهد وأما غيره من الشهود فقال مالك لا أدري كيف يشهدون وأما اذا ختم كل واحد منهم عليها
بخاتمه وعرف ختمه عند أداء الشهادة فان ذلك جائز سواء كان فيها شيء مكتوب أو لم يكن وقيد فيها
الموصى ما شاء من الأباطيل لانه لا مضرة على الشاهد في ذلك ص قال يحيى قال مالك الأمر
المجتمعة عليه عندنا ان الموصى اذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فماعتاقه رفيق من رفيقه أو غير
ذلك فانه يغير من ذلك ما بدله ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت وان أحب أن يطرح تلك الوصية
ويبدلها فعل الا أن يدر بموكلها فان دبر فلا سبيل الى تغيير ما دبر وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده مكتوبة * قال مالك فلو كان

* قال يحيى قال مالك الأمر
المجتمع عليه عندنا أن
الموصى اذا أوصى في صحته
أو في مرضه بوصية فيها
عتاقه رفيق من رفيقه أو
غير ذلك فانه يغير من ذلك
ما بدله ويصنع من ذلك ما
شاء حتى يموت وان أحب
أن يطرح تلك الوصية
ويبدلها فعل الا أن يدر
مموكلها فان دبر فلا سبيل
الى تغيير ما دبر وذلك ان
رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ما حق امرئ
مسلم له شيء يوصي فيه يبيت
ليلتين الا ووصيته عنده
مكتوبة * قال مالك فلو كان

كان

الموصى لا يقدر على تغيير وصيته ولا ما ذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذي أوصى فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أنه يغير من ذلك ما شاء غير التدبير ش وهذا على ما قال أن الموصى في صحته أو مرضه يعتق بعض رقيقه أو يتصدق بصدقة أو غير ذلك من أعمال البر فإنه غير لازم له لأن عقد الوصية عقد جائز غير لازم وله أن يغير من ذلك ما شاء ويبطل منه ما شاء من غير عوض أو يعرض منه غيره في صحته أو مرضه ما لم يمت فإذا مات فقد لزمت تلك الوصية فليس لغيره أن يغير شيئاً من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره فاما التدبير فإنه عقد لازم ليس لمن عقده الرجوع عنه بالقول ولا بالفعل وسيأتي ذكره في كتاب التدبير إن شاء الله تعالى والفرق بين التدبير والوصية ما ذكرناه من أن عقد الوصية عقد جائز وعقد التدبير عقد لازم يبين ذلك أنه لا خلاف في الرجوع عن الوصية بالقول والفعل ولا خلاف بيننا وبين من أجاز الرجوع عن التدبير أنه ليس له ذلك بالقول فكذلك ليس له ذلك بالفعل وإذا فرق هو بين الوصية والتدبير في الرجوع عنهما بالقول جاز أن يفرق بينهما في الرجوع عنهما بالفعل

(فصل) وقوله وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة فتأول في ذلك أن عقد الوصية واجب أو مندوب إليه وأنه على الفور ثم قال فلو كان الموصى لا يقدر على تغيير وصيته كان كل موص حبس ماله يعني أن الوصية كانت تكون مانعة له من تصرف ماله فتأوى أوصى بعقده لم يجز له بعد ذلك استرقاقه ولا بيعه وإذا أوصى بثلاث ماله لم يكن له بعد ذلك الاتفاق منه لاسيما على وجه الاستيعاب له وفي هذا إضرار بالناس ومنع من الوصية

(فصل) وقوله وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره يريد أن من أراد السفر قد يوصي مع كونه صحيحاً وقد أجمع أهل المدينة بل جماعة العلماء على جواز تغيير ذلك والوصية تكون على ضربين مقيدة ومطلقة فإن كانت مقيدة مثل أن يقول ان مت في سفرى هذا أومت في مرضى هذا فينفذ على وصية كذا وكذا ويذكر ما شاء من عتق أو صدقة فهذا عند مالك وصية وله أن يغيرها فإن لم يغيرها حتى مات في مرضه أو سفره فهو في ثلثه قاله في المدونة ووجه ذلك أنها وصية متفهمة قريبة شرط فيها شرط لا ينافي الشرع فكانت على ما شرط كالمو شرط فيها التغيير (مسئلة) فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره فإنه لا يخلو أن تكون وصيته كتبها أو لم يكتبها وأشهد بها فإن كان كتبها فلا يخلو أن يكون وضع الكتاب على يدرجل أو أقره عنده فإن كانت الوصية على يد غيره فهذه الوصية تنفذ في ثلثه قاله مالك من رواية ابن القاسم وغيره ولم أر في ذلك خلافاً بين أصحابنا ووجه ذلك أنه إذا أثبت ذلك في كتاب وخص ذلك بأن وضعه على يد غيره ثم أبقى الكتاب بعد البراءة والقيد على حالته لم يأخذه ممن وضعه على يده حتى مات بعد ذلك فإنه وجه من استدامة الوصية (مسئلة) وإن قدم من سفره أو برى من مرضه فأخذ الكتاب من عنده ثم مات فوجد الكتاب عند الموصى في الموازية والعينية من رواية ابن القاسم عن مالك أن الوصية باطل ووجه ذلك أن استرجاع الكتاب من عنده من وضعه على يد غيره حاله التي كان عليها على وجه الاجازة ووجه ذلك أن من ترك استدامته كغيره (مسئلة) وإن كان أنما كتبه وأشهد عليه وأمسكه عند نفسه ثم قدم من سفره أو برأ من مرضه ثم مات بعد ذلك فلا يخلو أن يموت في مرضه أو سفره أو في غير مرض

الموصى لا يقدر على تغيير وصيته ولا ما ذكر فيها من العتاقة كان كل موص قد حبس ماله الذي أوصى فيه من العتاقة وغيرها وقد يوصى الرجل في صحته وعند سفره قال مالك فالأمر عندنا الذي لا اختلاف فيه أنه يغير من ذلك ما شاء غير التدبير

ولاسفر فان مات في مرض آخر أو سفر آخر فالمشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأشهب أن وصيته نافذة وفي المجموعة عن سمعون أن رواية ابن القاسم الأخرى عنه أحسن انها ان كانت عنده فهي باطل وان كانت عند غيره جازت وقاله ابن عبد الحكم وسواء مات في مرض أو سفر أو في غير مرض ولا سفر وجه الرواية الأولى انه أقر كتاب وصيته على ما كان عليه فلم يبطل ببرئه من مرضه ولا بقدمه من سفره أصل ذلك اذا وضعها على يد غيره فأقرها ووجه الرواية الثانية أن كتاب وصيته وجد عنده بعد البرء والايب فوجب أن تبطل وصيته أصل ذلك اذا وضعها بيد غيره وقبضها منه (مسئلة) فان مات في غير مرض ولا سفر ففي كتاب ابن المواز من رواية أشهب عن مالك ان الوصية باطل ولومات في مرض آخر أو سفر آخر لصحت وصيته وقال أشهب في المجموعة ان الاستحسان غير القياس ان مات في غير سفر ولا مرض أن تجوز وصيته اذا علم أنه ليس قصد الناس في ذكر المرحوم والسفر تخصيص ذلك ألا ترى أنه لو كتب إن مت في سفرى أو من مرضى فبغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة (مسئلة) وان كانت وصيته هذه أشهد عليها ولم يقيد بها في كتاب ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برأ من مرضه ففي العتبية والموازية من رواية ابن القاسم عن مالك ان الوصية تبطل ووجه ذلك أنه لم يبق لها أثر يكون في استدامته استدامة لها والشاهد انما اختص بوقت معين فلم ينفذه الى غيره (مسئلة) ولو كانت وصيته مطلقة غير مقيدة بحال ولا وقت فسواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة فانها نافذة متى مات قبل أن يغيرها ووجه ذلك أنها غير مختصة بحال ولا وقت فاقتضت التنفيذ على كل حال وفي كل وقت لان من قال اذا مت فأعتقوا عبدى اقتضى ذلك الأمر بالعتق متى مات وعلى أى حال مات والله أعلم

(فصل) وقوله ان له أن يغير من ذلك ما شاء فيه بابان * الباب الأول في صفة الوصية التي يلحقها التغير * والباب الثاني في صفة التغير

(الباب الأول في الوصية التي يلحقها التغير)

قال مالك في المجموعة الأمر المجتمع عليه عندنا ان للرجل أن يغير وصيته ويرجع عنها أوصى في صحة أو مرض أو عند سفر بعتق أو غيره قال في كتاب ابن المواز يرجع في مرضه وبعد صحته الا فيما تبطل يرد فيما تبطل عتقه من عتق مؤجل أو معجل أو تدبير ووجه ذلك أن الوصية عقد جائز على ما قدمناه والعتق عقد لازم معجلا كان أو مؤجلا وكذلك التدبير قال ابن القاسم في المجموعة ان قال ان مت فبعدي حر أو قال بعد موتى بشهران مت فأعتقوه فذلك سواء قال الشيخ أبو محمد يريد وهى وصية قال ابن القاسم في المجموعة ولو أنه قال انه مدبر ان لم أحدث فيه حدثا فهى وصية ولو قال عبدى مدبر يريد بعد موتى فهو كالوصية وتفكر فيها سمعون ولم يقل شيأ وروى ابن وهب عن الخزومى في الموازية يحمل على تدبير الميت قيل له انه عالم فتوقف وجه القول الأول انه انما ثبت التدبير بعد الموت ولو قال حر بعد موتى لكان له الرجوع فبان يكون له الرجوع في التدبير أولى ووجه القول الثانى ان التدبير عقد لازم وانما يقتضى العتق بعد الموت وانما ظاهر لفظه انه يعتق بعد موته بتدبيره الآن كأنه قال اذا مت عتق المدبر فاما قيل له انه عالم بمعنى الألفاظ وبما يتعلق منها على الشرط وعلى الحكم توقف في ذلك (مسئلة) ومن قال ان مت من مرضى فعبدى مدبر فلا يرجع فيه قاله ابن القاسم في المجموعة وقال أصبغ يترك على التدبير ووجه ذلك أن تعليقه التدبير بموته لا يؤثر في التدبير لان عتق التدبير متعلق بالموت ولكنه على وجه لازم لارجوع للدبر فيه وبالله التوفيق (مسئلة)

ومن قال فلان حر يوم أموت فقد قال مالك في المجموعة ان أراد التدبير فهو مدبر والا فبهي وصية وروى عنه ابن وهب ان كل عتق بعد الموت فهو وصية حتى ينص على التدبير فيقول عن دبر مني وقال أشهب ان قال ذلك في غير أحداث وصية فهو تدبير (مسئلة) واذا عتق المريض أو المامل أو تصدق ولم يقل ان مت ثم صح فقال أردت ان مت وقال الشهود ظننا انه أراد البتل قال على عن مالك ينظر في ذلك بما يستدل به على قصده وقال عنه ابن وهب بعض ذلك يدل على بعض ما قال عنه فان رأى أنه أراد الوصية فهي وصية يرجع فيها والأفلار جوع له وتنفذ وقال عنه على في مريض قيل له أوص فقال فلان حر ثم صح فقال أردت بعد موتي فذلك له ووجه قول مالك ان لفظ ايقاع العتق والصدقة ظاهره البتل وتعليقه ذلك بشرط لا يثبت إلا بما يعرف به فان تبين ذلك من لفظ العقد وما قبله وبعده قل من ذلك ما نقلوه لدلالة ما قلناه له وان عرا عن ذلك حل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وكذلك روى ابن وهب عن المخزومي فيمن قال في وصيته لفلان عشرة دنانير صدقة وعبدى فلان حر وفلان مدبر ثم رجع بعد أن صح وقال لم أقل فذلك له الأفي التدبير لان العتق يمكن أن يكون بعد الموت وانما كان ذلك لانه قصدا الى عقد وصيته فكان لفظها محمولا على معناها الا ما يختص بالزوم من التدبير والله أعلم وأحكم وان عرا عن ذلك حل على ظاهر اللفظ ومقتضاه البتل وأما اذا قيل أوص فقال فلان حر ثم قال أردت الوصية فان قوله لما كان جوابا للمعرض عليه من الوصية فكان الظاهر حله عليها وهذا المن حل اللفظ على مقتضى سببه ظاهر

(الباب الثاني في صفة تغيير الوصية)

وذلك على ثلاثة أضرب أحدها الزيادة فيها والثاني النقص منها والثالث ابطاها جلة فأما الزيادة فيها فانها على قسمين أحدهما أن يزيد في وصيته لغير الموصى له أولا والثاني أن يزيد في وصيته للموصى له أولا فأما القسم الأول فانه لا تنافي بين الزيادة والمزيد عليها سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد فتنفذ الوصية الا أن يمنع من ذلك الزيادة على الثلث وقدر روى ابن وهب وابن القاسم وعلى عن مالك فيمن أوصى بوصية أشهد عليها ثم أوصى بأخرى عند الموت ولم يذكر الأولى فانها جائزتان ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وأما القسم الثاني وهو أن تكون الزيادة للأول فلا يخلو أن تكون من جنس الوصية الأولى أو من غير جنسها فان كانت من جنسها فلا يخلو أن تكون الثانية مثل الأولى أو أقل أو أكثر ففي المجموعة وغيرهما من رواية ابن القاسم وأشهب وعبد الملك وغيرهم عن مالك فيمن أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عددا أو أكثر فان له أكثر الوصيتين وروى على بن زياد عنه في المجموعة ان أوصى له بعشرة ثم أوصى له بخمسة فله خمسة عشر ولو أوصى له أولا بخمسة ثم أوصى له بعشرة لم يكن له غير عشرة وقاله مطرف وان كانت الوصيتان في عقدين وجه القول الأول ان هاتين وصيتان من جنس واحد فكان له أكثرهما كالأولى أقل ووجه القول الثاني انه اذا بدأ بالأقل ثم أوصى له بأكثر منها كان الظاهر انه أراد الزيادة في وصيته وقد عمل الوصيتين واذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك فالظاهر جعله لانه بمعنى الزيادة وفيه إهمال الوصيتين ولو اعطاه أولا هما لانها أكثر لكتنا قد ألغينا الأخيرة وهي أحق بالاثبات والله أعلم وأحكم (فرع) فاذا قلنا له أكثر العددين فقد قال ابن الماجشون ان كانت الوصيتان في كتابين فليس له إلا أكثرهما وان كانت في كتاب واحد فان سمي له أولا عددا ثم سمي له أكثر منه فله الأكثر وان سمي له في الثاني أقل من الأول فله العددان قال لانه اذا بدأ في كتاب

واحد بخمسة ثم ثني بعشرة جاز أن يقال عشرة منها الاولى ولو قال أو لا عشرة لم يجز أن يقول بعدها
خسة منها العشرة الاولى وسوى ابن القاسم بين الكتاب والكتابين وجعل له الأكثر بدأ بالآقل
أولاً أكثر وقد تقدم توجيهه ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك (مسئلة) وعلى حسب ما تقدم
تجري الوصيتان في الذهب والفضة والعروض التي تكال وتوزن أو لا تكال ولا توزن والحيوان
والدور والياب وغير ذلك ما لم يكن في شيء معين قاله أشهب في المجموعة وابن القاسم عن مالك
وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك في المكيل والموزون وأما العروض فله
الوصيتان تفاضل ذلك أو تساوى كانا في كتاب أو كتابين وجه القول الأول انهما وصيتان متاثلتان
كالمكيل والموزون ووجه القول الثاني ان التماثل في العروض معدوم ولذلك يقضى فيها
بالقيمة فكانت الوصية بهما كالمختلفين مما يكال أو يوزن (فرع) اذا ثبت ذلك فلا خلاف ان
الدرهم من سكة واحدة متماثلة وكذلك الأفراس والابل والعبيد وأما الدينارين والدرهم فقد روى ابن
حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انهما متاثلتان لانهما صنف واحد وحكى عن ابن القاسم انهما
غير متاثلين وقاله أصبغ وقال محمد بن المواز وكذلك القمح والشعير والدرهم والسبائك من الفضة
وجه القول الأول ما احتج به ابن الماجشون من انهما صنف واحد يدرى في الزكاة وجه قول ابن
القاسم انهما غير متاثلين في الصورة والقيمة وهما جنسان ولذلك جاز فيهما التفاضل ولا يجوز
التفاضل في الجنس الواحد منهما (فرع) اذا قلنا ان الدينارين والدرهم متاثلان فأوصى له بدنانير
ثم أوصى له بدرهم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك انه يعتبر الأقل والأكثر
بالصرف (مسئلة) ولو أوصى بعددين متساويين في الجنس والعدد مثل أن يوصى له بعشرة
دنانير ثم يوصى له بعشرة دنانير فإن له العددين جميعاً واه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وعلى هذا
مذهب مالك وأصحابه وحكى القاضي أبو محمد في معونته ان الوصيتين اذا كانتا متاثلتين في الجنس
والقدر فإن له احدهما الجواز أن تكون الثانية تكراراً أو تأكيداً وهو ينحو إلى قول أشهب
فمن أوصى لرجل بثلاثة ثم أوصى له بثلاثة (مسئلة) وان كان ما أوصى به معيناً كعبد بعينه ثم
أوصى له بعد آخر بعينه فله الوصيتان لان التعيين يمنع أن يرد بالوصية الثانية الاولى فوجب أن
يجمع له لان لكل وصية مقتضاها فيلزم انفاذها لانه لم يطرأ رجوع عنها وكذلك لو أوصى له بشيئين
مختلفين وان لم تكن معينة كدنانير ودرهم على رأى ابن القاسم فإن له الوصيتين جميعاً معيتين
كانتا أو غير معيتين في كتاب واحد أو في كتابين بدأ بالآقل أو بالأكثر لان اختلاف الجنس والاسم
يمنع أن يرد بالثانية الاولى فلزم أن تحمل الوصيتان على أنه أراد أن يجمعهما له (مسئلة) ولو أوصى
له بثلاث ماله ثم أوصى له بثلاث يحاص بالآكثر لانهما متاثلتان في اللفظ والجنس فكان له أكثرهما قاله
ابن القاسم وأشهب في المجموعة كما لو أوصى له بعشرة دنانير ثم أوصى له بخمسة ولو أوصى له بثلاث
ثم أوصى بثلاث آخر فقد قال أشهب في المجموعة يحاص بثلاث واحد الاثلاث كالدنانير لا تعرف بعينها
وكان يجيء على مذهب ابن القاسم وأكثر أصحابنا أن يحاصص بالثلاثين الآن يريد كونه ممنوعاً
من الزيادة على الثلاث يقتضى حل الوصية الثانية على انها هي الاولى ولا تفاقم ما في اللفظ والمعنى مع
كونه ممنوعاً من الزيادة على لفظ الأول كثر ماله أو قل وهو بخلاف من أوصى بعدد ثم أوصى بمثله
وان كان الأول قد استغرق الثلاث لانه قد يزيد المال فيكون للعدد الباقي محل والله أعلم وأحكم
(مسئلة) ولو أوصى له بالثلث ثم أوصى له بعبداً وبعده دنانير فقد قال أشهب في المجموعة يحاص

بالثلث وبعد الدنانير أو العبد يريد قيمته وقاله ابن القاسم قال سحنون معناه عندى أن ماله عين كله وفي العتية من رواية أصبغ عن ابن القاسم بضرب له بأكثر الوصيتين من العدد والثلث قال أصبغ وفيها شيء ولها تفسير وجه القول الأول أن الوصية بالثلث وبعدد دنانير مختلفان فوجب أن يجعل الموصى له كالوصية بالدنانير والعبد ووجه القول الثاني أن ما لهما إلى جنس واحد متماثل في النوع وقول سحنون في الذي يخاصص بالثلث وبعدد الدنانير معناه أن يكون جميع التركة عينا ولذلك جعل الثلث من جنس عدد الدنانير فعلى قول سحنون يحمل قوله على أنه تجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ولا يحمل قوله أنه يجمع له الوصيتان على أن الوصية عين وعرض ويحمل قوله يقضى له بأكثرهما على أنه عين كله (مسئلة) وأما أن كان المال عرضا كله فقدر وى ابن حبيب عن أصبغ يعطى الوصيتين إذا أجاز الورثة وأن لم يجز وأمعوصا يضرب بالثلث وبالعدد وإن لم تكن الوصايا فليس له إلا الثلث وجه ذلك أن العددين من جنس الثلث لأن الثلث عرض والعدد عين فلذلك جعله في المحاصة (مسئلة) فإن كان في التركة ناض وعرض فقدر وى ابن المواز عن أشهب وأصبغ بضرب له بثلث العرض أو بالأكثر من العدد الموصى به ومن ثلث العين ووجهه أن ثلث العرض من غير جنس العين فله ثلث العرض وثلث العين من جنس العدد فكان له أكثرهما

(فصل) وهذا حكم تغيير الوصية بالزيادة فيها وأما حكمها بالنقص منها فلا يخلو أن يكون ذلك بالنقص على النقص منها أو يوصى ببعضها للغير فأما النص على النقص منها فثلث أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يقول ردوها إلى ثمانية أو اجعلوها ثمانية أو نسخت ما تقدم من الوصية بالعشرة أو أنا وصى له الآن بثانية فهذا خلاف في المذهب في أنه ليس له إلا ما قرره آخر أو ما تغير الوصية بالفعل فهو يتعلق بالاعيان دون غيرها وذلك بأن يفعل في العين الموصى بها ما لا يفعله إلا في ماله وهذا على أصل ابن القاسم وأما أشهب فإنه يراعى الأسماء وسنين ذلك بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسئلة) ومن أوصى لرجل بخزيرة ثم لها بعسل أو سمن فليس يرجوع كالأوصى بعبد ثم علمه الكتاب ورواه أصبغ عن ابن وهب في العتية ووجه ذلك أن هذه زيادة فيما كان أوصى له والزيادة فيما أوصى به لا تأثير لها في إبطال الوصية لاسيما مع بقاء الاسم الذي علق عليه الوصية (فرع) فإذا قلنا ليس يرجوع عن الوصية فقد قال أصبغ يكون الورثة شركاء بقدر الثلث وكذلك صبغ الثوب وبناء الدار وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة الثوب يصبغه للموصى له قال أشهب وكذلك لو غسله أو كانت دارا فجمصها أو زاد فيها بناء أو وصى له بسويق ثم لبته وجه قول أصبغ أنه لم توجد منه وصية بالصبغ والسمن فكان باقيا على ملك الموصى ووجه قول ابن القاسم وأشهب أنه لما كان الأصل موصى به ثم أضاف إليه ما لا يستقل بنفسه بل هو محمول فيما أوصى به كان ظاهرا ذلك أنه أضافه إليه في الوصية (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم آجره أو رهنه فليس ذلك يرجوع ويفسد الرهن من رأس المال قاله مالك وابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك أن الاسم باق وصورة الموصى به باقية مع بقاءه على ملكه (مسئلة) ولو أوصى له بعبد ثم باعه فان مات قبل أن يشتريه بطلت الوصية فيه وإن اشتراه قبل أن يموت فهو للموصى له قال أشهب وكذلك لو أوصى له بعبد في غير ملكه ثم صار له باتباع أو هبة أو ميراث فالوصية فيه نافذة ووجه ذلك أن المراعى في الموصى به حاله عند وجوب الوصية بموت الموصى فان كان في ملكه ذلك الوقت صحت الوصية والابطلت والله أعلم وأحكم

(مسألة) ولو أوصى له بغزل فحاشا كه ثوبا ففسد روى ابن المواز عن ابن القاسم هو رجوع عن الوصية قال أشهب لأنه لا يقع عليه الاسم الذى أوصى فيه فتبطل الوصية (مسألة) ولو أوصى له ببرد فقطعه قيصافى الموازية لابن القاسم انه رجوع عن الوصية وقال أشهب وكذلك لو أوصى له بقميص فقطعه قباء أو جبة فردها قيصا أو ببطانة ثم بطن بها ثوبا أو بظهرة ثم ظهر بها ثوبا أو بقطن ثم حشابه أو غزله أو بفضة ثم صاغها خاتما أو بشاة ثم ذبحها لبطلت الوصية بذلك كله لأنه لا يقع الاسم الذى أوصى فيه و روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتية إذا قال ثوبى زيد ثم قطعها قيصا أو لبسه فى مرضه فليس برجوع وهو للوصى له قال ولو أوصى له بشقة ثم قطعها قيصا أو سراويل كان رجوعا لتغيير الاسم فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذى علق عليه الوصية فإذا عمل فيه عملا أزال ذلك الاسم بطلت الوصية وإذا لم يزل العمل الاسم فالوصية باقية والله أعلم ولما كان اسم الثوب يقع على الشقة قبل القطع وبعده لم تبطل الوصية بقطعه لأن القطع لا يزيل عنه اسم الثوب ولما كانت الشقة لا تقع على الثوب إلا قبل القطع بطلت الوصية بالقطع لأنه يزيل عنه الاسم الذى علق عليه الوصية (مسألة) وإذا أوصى له بعروة ثم بناها دارا فقد قال أشهب فى المجموعة ذلك رجوع ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس برجوع لأنه أوصى له بعروة وبناء فأزال البناء وأبقى العرصة وعذار رجوع من أشهب فى تعلقه بالاسماء إلا أن يلزم ذلك فى الزيادة دون النقص فيكون اسم الدار واقعا على البناء والعرصة ونائباعنها فإذا أزال البناء بقيت العرصة على ما كانت عليه من الصفة والاسم وكان يلزمه على هذا القول إذا أوصى بعروة فبناها أن لا تبطل الوصية بالعرصة لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء و روى أبو زيد وأصبغ عن ابن القاسم فى العتية إذا أوصى له بعروة فبناها كأنها شريكين بقيمة البناء من العرصة وجه قول أشهب انه قد زاد فى العين الموصى بها زيادة غيرت الاسم فكان تغيير الوصية كنسج الغزل ووجه قول ابن القاسم ان الزيادة مع بقاء العين على حالها لا تغير الوصية وليس كذلك النسج فانه قد غير عين الغزل وأما العرصة فهي باقية على ما كانت عليه قبل فأضيف اليها معنى آخر وهو البناء كما أضيف اللتان الى السويق والصبغ الى الثوب (فرع) فإذا قلنا ليس الهدم رجوع على قول أشهب فامن يكون النقص قال أشهب لا وصية فى النقص و روى ابن عبدوس عن ابن القاسم النقص للوصى له وجه قول أشهب ان اسم البناء لا يتناول اسم الدار بعد النقص فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذى علق عليه الوصية ووجه قول ابن القاسم ان الهدم ليس بأكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قيصا (مسألة) ولو أوصى له بزرع ثم حصده أو بثمر ثم جذه أو بصوف ثم جزه لم يكن رجوعا فى الوصية قاله ابن القاسم فى المجموعة ولودرسه أو كتاله وأدخله بيته لكان رجوعا فى الوصية ووجه ذلك أن اسم الزرع باق عليه بعد الحصاد وصورته ثابتة لم تغير وإنما وجد منه تقطيعه وإزالته عن موضعه فلم يكن رجوعا كقطع الثوب فأما إذا كتاله بعد درسه وأدخله بيته فان درسه وتبليغه حدالا كتيال قد غير صورته ونقل اسمه الى اسم القمح أو الشعير فكان ذلك رجوعا عن الوصية بالدرس والتصفية وأما دخاله البيت فأنما هو تأكيده لمقصده والله أعلم وأحكم

﴿جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه﴾

ص ﴿مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرق أخبره أنه قيل لعمر ابن الخطاب إن ههنا غلاما يفا علم يحتمل من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بما ليقال له بترجشم قال عمرو بن سليم فيبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرق * مالك عن يحيى ابن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له إن فلانا يموت أفىوصى قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى بترجشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم * ش اليفاع هو الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة ر واه عيسى عن ابن القاسم عن مالك في المدينة وقد ذكر يحيى بن سعيد في روايته عن أبي بكر أن الغلام كان ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فتارة كان يصفه أبو بكر بأنه يفاع وتارة كان يصفه بأنه ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة وذلك كله سواء وقوله لم يحتمل على سبيل البيان لحاله وما قصد وصفه به من أنه لم يخرج بعد من حد الصغير والاحتلام في الرجال والنساء حدين الصغير والكبير ويختص في النساء بالحيض فهو فهن حدين الصغير والكبير

(فصل) وقوله أخبره أنه قيل لعمر أنه بالمدينة ووارثه بالشام وليس له بالمدينة الابنة عم ير يدانها انفردت بالقيام بأمره والرفق به وإن كان وارثه الذي يمكن أن ينفرد بذلك أو يشاركه فيه بالشام ولعله قد قصد بذلك إلى بنت عمه هذه مع انفرداها بالقيام بأمره والتعب معه والقرىض له لا يعود إليها من ماله ولعل الغلام قد أشفق من أن يخرج جميع ماله مع رفقه به وانفرداها بالعناء معه فندبه عمر رضى الله عنه إلى أن يوصى لها وأعلمه أن ذلك مباح له وسأغ في الشرع وإن كان لم يبلغ الحلم وبهذا قال مالك والليث وأجمع عليه علماء المدينة بأن وصية من يميز ويفهم ما يوصى به من السفيه والصغير جائزة وقال أبو حنيفة والشافعي تجوز وصية السفيه ولا تجوز وصية من لم يحتمل والدليل على ما نقوله أن الصغير حجر فلا يمنع صحة الوصية مع التميز كالسفه (فرع) إذا ثبت ذلك فقد قال مالك تجوز وصية اليفاع وقال ابن المواز وأجاز مالك وأصحابه وصية الصغير الذي يعقل ما يوصى به ابن تسع سنين وشبهه وقال أصبغ تجوز وصية الصبي والصبي إذا علقا ما يفعلا وهذا فيما لا يلزمه من الوصية وأما التدبير فقد قال عبد الملك لا يجوز تدبير من لم يبلغ الحلم وقال أشهب لا يجوز تدبير المولى عليه وسأفى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى والفرق بين الوصية والتدبير أن التدبير عقد لازم (فرع) إذا أوصى الصبي إلى غير وصيه ففرق ثلثه فلو وصى أن لا يلى غيره تفريق ثلثه قاله أشهب ووجه ذلك أنه محجور عليه وإنما أبيع أنفاذ ثلثه في وجوه وصيته وليس له صرف ثلثه قاله إلى غير وصيه الذي قد لزمه حجره (مسئلة) وأما الصغير الذي لا يميز فلا خلاف بين العلماء في أنه لا يجوز وصيته ووجه ذلك أنه لا يصح قصده كالمغنى عليه

(فصل) وقوله فليوص لها وهي بنت عمه من قرابته وذلك دليل على جواز الوصية للقريب الذي لا يرث ولا خلاف في جواز ذلك قال الله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين فسخت الوصية للوالدين والوارث وبقيت في حق الوارث القريب

﴿جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه﴾

حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرق أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ههنا غلاما يفا علم يحتمل من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بما ليقال له بترجشم قال عمرو بن سليم فيبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرق * مالك عن يحيى ابن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له إن فلانا يموت أفىوصى قال فليوص قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة فأوصى بترجشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم

الذي لا يرث ومن جهة المعنى انه انما حجب عليه في حال حياته في ماله خلقه لالحق غيره فلما مات بطل أن يحجب عليه خلقه لانه لم يبق له منفعة في ماله غير ما يوصى به فكان النظر له تجوز وصيته (مسئلة) وتجوز الوصية للاجني مع وجود القرابة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والأوزاعي والثوري وقال الحسن وطاوس ان فعل ذلك ردت وصيته الى قرابته وقال ابن المسيب من أوصى لغير قرابته بثلثه رد الى قرابته من ذلك ثلثا الثلث وينفذ الثلث للوصى لم وبه قال ابن راهويه

(فصل) وقوله فأوصى لها مال يقال له بترجشم يقتضى ان اسم المال يقع عندهم على الارضين والأصول الثابتة وقوله فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم على معنى الاخبار عن تجوز وصيته بكثير المال وان ذلك لا يختص بقليله وان وصيته تصح بالتكليف المطلق للاعيان ولا تختص بالتحسيس والتسبيل

(فصل) وقوله وان ابنة عمه الموصى لها هي أم عمرو بن سليم يقتضى الاشارة الى تصحيح الرواية ومراعاة الراوى الذي هو عمرو بن سليم لها لتعلقها به ويحتمل أن يشير بذلك الى أن وصية الصغير تجوز للغنى ان كانت معروفة بالغنى وغير داخله في جملة الفقراء ص قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفتق أحيانا تجوز وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصى به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له ش وهذا على ما قال انه تجوز وصية الضعيف في عقله يرد الضعيف العقل وهو الذي لا يستقل بنفسه ويحتاج الى من يلى أمره لعجزه عن مباشرة أحواله وهو مع ذلك عيز ويفهم وقدر روى ابن وهب وأشهب عن مالك تجوز وصية الأحمق يرد بذلك الذي وصفناه بضعف العقل وأما السفيه فانه يرد به الذي يتلف ماله في وجوه السفه أو يشتغل عن تمييزه وحفظه بالبطالة وأما المصاب فهو الذي أصيب بعقله ما بصرع أو بما شاء الله تعالى فاذا كان يفتق أحيانا وكانت وصيته حين افاقته فهي جائزة قال عبد الملك تجوز وصية المجنون في حال افاقته كما تجوز شهادته في حال افاقته ان كان عدلا (مسئلة) واذا ادا المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك كالحى الا أن يوصى به فيجوز ذلك في ثلثه رواه محمد عن أشهب عن مالك قال ابن كنانة وان كان سمي ذلك النقص من رأس المال أو لم يجعله في ثلثه لم يجز ذلك على ورثته فاذا أوصى به على وجه الوصية فهو مبدأ على وصايه (مسئلة) وأما تدير السفيه فقد قال عبد الملك ان دبر السفيه خادما كثيرة الثمن لم يجز تديره ويجوز في قليلة الثمن وقال أشهب لا يجوز تدير المولى عليه ولا يبطل وقال ابن القاسم له تدير عبده في المرض فاذا صح بطل ذلك وقال ابن كنانة تجوز وصية المولى عليه وتديره وما لا يقع فيه الا بعد موته وانما يمنع من ماله في حياته وعدم رشده وجه قول أشهب انه من العقود اللازمة فلا يلزمه كالبيع والشراء وجه قول ابن القاسم ان له حكم الوصية فاذا دبر في مرضه روى أمره فان مات من مرضه فحكم التدير والوصية واحد فينفذ ذلك وان أفاق بطل ذلك لانه عقد لازم

﴿ الوصية في الثلث لا تتعدى ﴾

ص مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتدني فقلت يا رسول الله قد بلغني من الوجع ما ترى وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنة لى أفأصدق بثلثي مالى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفتق أحيانا تجوز وصاياهم اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصى به وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له

﴿ الوصية في الثلث

لا تتعدى ﴾

* حدثني مالك عن ابن شهاب عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتدني فقلت يا رسول الله قد بلغني من الوجع ما ترى وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنة لى أفأصدق بثلثي مالى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقلت فالشطر

قال لاثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقلت يا رسول الله ألا خلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملاً صالحاً الا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرى له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة ^م ش قول سعد جاء في رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع سنة في عيادة المرضى وهي من القرب يدل على ذلك ما روى معاوية بن سويد بن مقرن عن البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم أن تتبع الجنائز ونعوذ المرضى ونفسي السلام

(فصل) وقوله رضي الله عنه قلت يا رسول الله قد بلغني من الوجع ما ترى دليل على جواز اخبار العليل بشدة حاله اذا تسبب بذلك الى النظر في دينه ويجوز ذلك اذا تسبب بذلك الى معاناة أهله ويجوز أن يخبر بذلك من يرجو بركة دعائه ويخبر بذلك من يعلم اشفاقه وقدرى الحرث بن سويد عن عبد الله دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم وهو يوعك فقلت يا رسول الله انك توعك وعكا قال أجل اني أوعك كما يوعك رجلان منكم وروى القاسم بن محمد ان عائشة قالت وارساء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل أنا وارساء لقد هممت أن أوصي الى أبي بكر والله وأعهد وانما يكره ما كان منه على وجه التشكي والتسخط وذلك محبط للجرأ ومؤثر فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وأنا ذومال ولا يرثني الابنة الى هذا اللفظ وان كان يقع على يسير المال وكثيره فانه لا يستعمل الا في كثيره واستكثر مثل ذلك المال للابنة لانفرادها على عادة العرب وما كانت جبلت عليه من أنها لم تكن تعد المال للنساء وانما كانت تعده للرجال ويحتمل أن يكون ظن انها تنفرد بجميع المال ويحتمل أن يكون استكثر نصف ماله لها ورأى انه اذا تصدق بنصفه يكتفيها نصف ما بقي منه بعد ما يتصدق به قال القاضي أبو الحسن قوله ولا يرثني الابنة في يريدم النساء ويحتمل أن يريده بقوله أفأصدق بثلاثي مالي ان يبتله قبل موته ويحتمل أن يريده أن يوصي بذلك المقدار في وجوه برهائه النبي صلى الله عليه وسلم عن الثلثين ثم عن الشطر وأباح له الثلث ووصفه بالكثرة * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندى انه كثير ما أباح للمريض التصرف فيه من ماله وذلك يمنع الزيادة عليه فان حملناه على الوصية فقد اتفق العلماء على ان له الوصية بالثلث وروى هشام بن عروة عن أبيه عن ابن عباس انه قال لو غرض الناس الى الربع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير أو كبير فحمل قوله والثلث كثير على استكثار الثلث في الوصية والندب الى التقيصير عنه وروى عن عمر رضي الله عنه انه أوصى بالربع وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس وقال رضى في وصيتي بخمسة عشر في الله به نبيه من الغنية (مسألة) اذا ثبت ذلك فقد اتفق العلماء على ان من كان له وارث فليس له أن يوصي بأكثر من ثلثه لقول النبي صلى الله عليه وسلم والثلث كبير لقوله انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فثبت بذلك حق الورثة في مال المريض بمنع ما زاد على الثلث (مسألة) فان لم يكن له وارث فهل له أن يوصي بماله كله فذهب مالك انه لا يجوز وبه قال الشافعي وهو قول زيد بن ثابت وجوز ذلك أبو حنيفة وروى ذلك عن ابن مسعود وعلى بن أبي طالب والدليل على ما نقوله ان له من يعقل

قال لاثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياً خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت حتى ما تجعل في في امرأتك قال فقلت يا رسول الله ألا خلف بعد أصحابي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملاً صالحاً الا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرى له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مات بمكة

عنه فلم يكن له أن يوصى بأكثر من الثلث أصل ذلك من يرثه بنوه (مسئلة) فإذا أوصى الميت بأكثر من الثلث فجازته الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذا منهم لفعل الموصى ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافا للشافعي في قوله أنها ابتداء عطية قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك أن المنع إنما هو لحق الورثة فإذا أجاز وافقد تركوا ما كان لهم من الاعتراض والفسخ لفعل الميت بمنزلة أن يأذنوا له قبل أن يوصى وبمنزلة حكم الثلث (مسئلة) وإن رده الورثة ردمه ما زاد على الثلث وليس لهم رد شيء من الثلث ووجه ذلك أن حقوقهم إنما تتعلق بما زاد على الثلث فليس لهم أن يتعدوه إلى ما لم يتعلق به حقوقهم لأن حقوقهم تتعلق بثلثي المال بمرض الموصى وإنما تتعلق حقوقهم بالثلث الباقي بموت موروثهم دون وصية والله أعلم وأحكم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فن مات ولا وارث له فقدر وى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يجزئ به في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع اليه وكذلك من أعتق نصرانيا فبات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله ولا يجعل في بيت المال ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فإذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر (مسئلة) ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك يجزئه أن يتصدق بثلثه قال ابن المواز يتصدق بذلك عن المسلمين لأن الميت ووجه ذلك أن ملك الموصى قد زال عن ثلثي ماله إلى وارث معين أو غير معين فإن كان معيناً دفع إليه وإن كان غير معين تصدق به عن صار إليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى نصراني بجميع ماله للكنيسة في العتية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين ووجه ذلك أن الذي أوصى له وارث فإن ماله للمسلمين فالحكم في تركته بين المسلمين وبين الناطر في الكنيسة فيجوز على حكم الإسلام فلا يجوز له وصية في أكثر من ثلثه (مسئلة) وهذا إذا أوصى بأكثر من الثلث دون اذن الورثة فإن أذنوا له نفذ

(فصل) فإن حلنا قوله أفأصدق بثلثي مالي على إبطال الصدقة في المرض فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد منع من ذلك وإنما أطلق اللفظ في الثلث على أنه كثير وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله الاثنته بصدقة أو عتق أو هبة أو محابة في بيع فإن زاد على ذلك فالزيادة موقوفة مرعاة فإن أفاق من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية إن أجازته الورثة ولا رد إلى الثلث ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لأن حكمه حكم الوصية وشدد أهل الظاهر فقالوا بل يلزمه الجمع إذ قبضت الهبة أو الصدقة والدليل على ذلك قول سعد أفأصدق بثلثي مالي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم لا ثم قال الثلث والثلث كثير وهذا بين في رد ما دعوه ودليل ثان حديث عمران بن حصين في الذي أعتق في مرضه ستة أعبد ولا مال له غيرهم فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين ورد أربعة (مسئلة) إذا ثبت أن حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة فقد قال القاضي أبو محمد في معونته أنه يتعلق به حكم الحجر فيما زاد على قدر حاجته من الاتفاق في الأكل والكسوة والتداوى والعلاج وشراء ما يحتاج إليه من الأشرطة والأدوية وأجرة الطبيب ويمنع من السرف وما خرج عن العادة لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيدة أو ورثته فكان في معنى إضاعته وذلك ممنوع قال وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء لأن حق الورثة لم يتعلق بعين المال وإنما تتعلق بمقداره وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة ولا يمنع المريض من البيع والابتاع إذا لم يكن في ذلك عصابة أو ضرر بالورثة قال ابن القاسم وأشهب وهبته للثواب كبيعته (مسئلة) وإذا باع

عبدا ليس له غيره فوضع فيه فان كانت المحابة قدر ثلثه جاز وان كانت أكثر من ثلثه جاز منها قدر
الثلث رواء على بن زياد عن مالك وفي الموازية عن ابن القاسم فيمن أسلم في سلعة ثم أقال منها في
مرضه فمات ولم يدع غيرها فان لم يكن في ذلك محابة فهو جائز وان كانت فيه محابة خير الورثة بين
الاجازة وبين ان يقطعوا له بثلث ما عليه ومثله روى ابن حبيب عن أصبغ وقال عيسى بن عيسى له
منه ما لا محابة فيه ثم يخير الورثة في باقيه فاما ساموه واما قطعوه بثلث مال الميت في باقي العبد وهذه
الألفاظ كلها تعود الى معنى واحد وهو ان محاباته في ثلثه وانما اختلفت عباراتهم لان بعضهم قصد الى
بيان منتهى الحكم وبعضهم قصد الى صفة تناول الأمر والله أعلم وأحكم (فرع) فان قال المبتاع أنا
أدفع بقية ثمن العبد وأخذه فقد قال عيسى وأصبغ ليس له ذلك قال عيسى ولا الورثة أن يلزموه ذلك
يريد والله أعلم أنها لا تملك أخذ بقية الثمن منه (مسألة) وانما ينظر الى قيمة المبيع يوم البيع لا يوم
موت البائع قاله أصبغ سواء كان البيع من وارث أو غيره ووجه ذلك أن المبتاع يضم المبيع
من يوم البيع فوجب أن ينظر في قيمته يوم البيع فان زادت بعد ذلك القيمة أو نقصت فانما طرأ ذلك
على ملكه (مسألة) وان باع في مرضه ورثه بذهب فخاف في ذلك أو أوصى أن يباع ذلك منه وفيه
محابة أو لا محابة فيه فهو جائز قاله أصبغ قيل قد قال قائل انه حرام للتأخير قال لا يرى ذلك الاحلال لانه
لم يرد به التأخير ووجه ذلك انه موقوف على الفسخ فهو جائز حتى يرد كارد بالعب (مسألة) ومن
فعل ابنه في مرضه فترجى وج الابن لذلك ودخل أو زوجته هو بذلك فذلك مردود الى الورثة والنكاح
ثابت وتتبعه الزوجة بالمهر من الموازية ووجه ذلك أنها هبة في المرض فلا تفوت بالقبض وانما لها حكم
الوصية ان مات من ذلك المرض

(فصل) وقوله انك ان تذر ورتك أغنياء خبير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس يقتضى أن
ذلك خير لسعدو الافلا فائدة له فيها هو خير لغيره دونه وذلك يكون من وجهين أحدهما أن بقاء ورتته
في غنى عن الناس أطيب لنفسه من أن يدعهم عالة يتكففون الناس وهذا الذي جبل عليه أكثر
الناس فامن أحد في الأغلب الا يريد الخير والخصب لذريته ورجا أثرهم في ذلك على نفسه والثاني
انه يحتمل أن يشير بذلك صلى الله عليه وسلم الى أنه أفضل له في الآخرة وأكثر لاجره امالان حكم البنات
يجب أن يكون في ذلك حكم البنين وامالان صلة من قرب منه أولى من صلة من بعدهم وأعظم لاجره
لقوله تعالى أو اطعم في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا مئزبة وقوله واعبدوا الله ولا
تشرکوا به شيئا وبالوالدين احسانا وبذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار
الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل فقدم الوالدان ثم ذا القربى ولما روى عنه صلى الله عليه
وسلم في هذا الحديث وامالان حق الورثة قد تعلق بثلاث ماله تعلقا منع القليل منه تغير له الرضا بذلك
والتسليم لحكم الله تعالى فيه من أن يتعدى الى اتلافه فتبقى الورثة بعده فقراء عالة وانما ورد الأمر
بالوصية لمن ترك غنى دون من لا يتركه قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك
خيرا الوصية وفي الجملة أن هذا يقتضى أن الغنى فيه خير ولو كان الغنى شر السكان خيرا له أن لا يدع
ورثته أغنياء

(فصل) وقوله وانك ان تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الأجرت بها حتى ما يجعل في في امرأتك يقتضى
أن النفقة اذا أريد بها وجه الله والتعفف والتستر وأداء الحق والاحسان الى الأهل وعونهم بذلك
على الخير من أعمال البر التي يؤجر بها المنفق وان كان ما يقطع منه امرأته وان كان غالب الحال أن انفق

الانسان على أهله لا يهمله ولا يضيعه ولا يسعى الاله مع كون الكثير منه واجبا عليه وما ينفقه الانسان على نفسه أيضا يؤثر فيه اذا قصد بذلك التقوى على الطاعة والعبادة

(فصل) وقوله رضى الله عنه قلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي يريد والله أن يخلف بمكة بعد انصراف أصحابه الى المدينة مع النبي صلى الله عليه وسلم اشفاقا من بقاءه في الأرض التي هاجر منها ومنع المرض له عن الرحيل مع أصحابه الى الأرض التي هاجر اليها وقد ذكر قوم أن هذا يدل على أن حكم الهجرة لم ينقطع بعد الفتح وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية ويحتمل عندي أن يكون معنى ذلك أنه لا هجرة بعد الفتح لمن لم يهاجر قبل الفتح يريد لا تفتح الهجرة بعد الفتح وأما من هاجر قبل الفتح فان حكم الهجرة ثابت في حقه لازم له أن يتوفى يدل على هذا التأويل حديث العلاء بن الحضرمي أنه لما أذن للمهاجر أن يقيم بمكة ثلاثا بعد الصدر فعلى هذا من لزمه حكم الهجرة ثبت في حقه وقد منع من الرجوع عنه ولزمه المقام مع النبي صلى الله عليه وسلم حيث أقام والنصرة له والحماية ومن لم يهاجر قبل الفتح لم يلزمه هذا الحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم انك لن تخلف فتعمل عملا صالحا الا زددت به درجة ورفعة يريد والله أعلم انك ان خلفت فعملت عملا صالحا ازددت به درجة ويحتمل أن يريد بقوله ههنا انك لن تخلف وجهين أحدهما أن يخلف بمعنى أن ينسأ في أجلك فتعمل عملا صالحا والثاني أن يخلف بمكة التخلف الذي أشفق هومنه فيكون معناه أن بقاءه بالأرض التي هاجر منها لضرورة المرض لا يبطل شيئا من هجرته بل ما عمل فيها من الأعمال الصالحة مكتوبة له يزيد في درجاته ويرجح ميزانه في الدنيا والآخرة وإنما يحبط من فضل الهجرة البقاء فيها على وجه الاختيار دون ضرورة الى الموت فيها على قول قوم فعلى هذا التأويل فيه اخبار لسعدانه لن يموت بمكة لقوله صلى الله عليه وسلم انه يزداد بالأعمال الصالحة مع المقام بمكة درجة ورفعة على ما كان عليه بعد الهجرة والى أن من مرض بمكة وهو على حكم الهجرة ولو كان بمكة على هذا التأويل لكان عمله بمكة لا يبلغه درجة المهاجر بن فكيف أن يزداد به درجة ورفعة

(فصل) وقوله لعلي أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون التخلف ههنا الابقاء بعد من يموت من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وقد قيل في تأويل ذلك ان سعدا مريا على العراق فأتى بقوم ارتدوا عن الاسلام وسجعوا سجع الكهان فاستتابهم فأتى بعضهم فقتلهم فضر أولئك وتاب بعضهم فانتفعوا به ويحتمل عندي أن يكون إشارة الى بقاءه بعده صلى الله عليه وسلم الى وقت ولّى أمر الكوفة وغيرها وقاد الجيوش فانتفع به من استحق النفع واستضر به من استحق الضرر وكان في ذلك تنبيه له على أنه سميلك أن ينفع ويضر

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم يحتمل أن يريد به أن البقاء مع الاختيار بمكة مما يؤثر في الهجرة وهو من باب الرجوع على العقب ومخالفة ما ابتدأهم الله به من الهجرة وأن توفيقهم وعونهم على ملازمة المدينة دار الهجرة من امضاء الهجرة لهم وتخصيصها في جنبهم وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم خلف رجلا على سعد وقال له ان مات بمكة فلا تدفنه بها

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم لكن البائس سعد بن خولة البائس عند أهل اللغة الذي يتبين عليه أثر البؤس من شدة الفقر وقوله يرثي له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مات بمكة ذكر ابن

من أن سعد بن خولة كان قد أسلم فأقام بمكة ولم يهاجر حتى مات فذكر له النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ورثه له وذكر البخاري أن سعد بن خولة شهد بدرا ثم انصرف إلى مكة ومات بها وروى ابن بكير عن الليث أنه توفي بمكة في عام حجة الوداع وقال الطبري توفي بمكة سنة سبع والقبول الأول عندي أظهر وهذا ظاهر لفظ النبي صلى الله عليه وسلم أنه رثه له أن مات بمكة وهذا يقتضي أن لموت المهاجر بمكة تأثيرا في هجرته وإنما لها أمان أن يكون ذلك لمن اختار المقام بمكة وأما أن يكون لمن مات بها على أي وجه كان وتعلق ذلك بالاختيار أظهر والله أعلم وأحكم على أنه قل من مات بمكة من المهاجرين ولعله قد أجبت فيهم دعوة النبي صلى الله عليه وسلم اللهم امض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم ص **قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلاث ماله لرجل ويقول غلامى يخدم فلانا ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحصان بحاص الذي أوصى له بالثلاث بثلاثة ويحاص الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من أجارته إن كانت له أجرة بقدر حصته فإذا مات الذي جعل له خدمة العبد ما عاش عتق العبد **ش هذه المسئلة مبنية على جواز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار وبه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري والليث وقال ابن أبي ليلى لا يصح ذلك وقال الطحاوي وهو القياس ودليلنا من جهة القياس أن هذا تملك منافع فصحت ذلك من غير بدل كالعريّة (فرع) إذا ثبت ذلك فن أوصى له بخدمة عبداً وسكنى داراً جاز له أن يكرى ذلك إلا أن يعلم أن الموصى أراد أن يسكنها بنفسه خلافاً لابي حنيفة والدليل على ما نقوله أن هذه منافع فصحت بدلها فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر قال ذلك كله القاضي أبو محمد * إذا ثبت ذلك فن أوصى بثلاث ماله لرجل ويخدم غلامه فلانا ما عاش ثم هو حر ففيه أربعة أبواب * أحدها أن الوصايا إذا ضاق عنها الثلث وتسوات في التأكيد وقعت الخاصة فيها سواء كانت في لفظ واحد ووقت واحد وأوقات مختلفة ومجالس شتى * والباب الثاني في أخذ الموصى له ما يوجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به * والباب الثالث في الخاصة بالتعمير ومدة التعمير * والباب الرابع في تبديله بعض الوصايا على بعض والله أعلم وأحكم****

(الباب الأول في التحاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها في التقديم)

أصل ذلك أن الوصايا مبنية على أن ينفذ منها ما يمكن الجمع بينها ولا يبطل منها إلا ما يصح أن يجمع مع ما ثبت وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة فمن أوصى لرجل بثلاث ماله وآخر بنصفه أن الثلث بينهما على خمسة أسهم ولو أوصى لآخر بجميعه لكان الثلث بينهما على أربعة أسهم خلافاً لابي حنيفة في قوله هو بينهما بنصفين والدليل على ما نقوله أن التفاضل في الوصية يقتضي التفاضل في القسمة كالأوسع الثلث لذلك وهذا حكم الفرائض في العول وقد ثبت أن الثلث سدس والنصف ثلاثة أسداس فيكون لصاحب الثلث خسا الثلث ولصاحب النصف ثلاثة أسداس وهذا حكم الجميع مع الثلث لأن في الجميع ثلاثة أنلاث والثلث المنفرد رابع وهو ربع الجميع فلصاحب الجميع ثلاثة أرباع الثلث الذي يلزم الورثة إنفاذه ولصاحب الثلث ربعه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أوصى لرجل بثلاث ماله وآخر بعبد وهو سدس المال فاعلم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ثلثاه في كل شيء ولصاحب العبد ثلثه قاله أشهب في الموازية ووجه ذلك أن الوصية بالثلث استوعبت ما كان له أن يوصى به ثم زاد بعد ذلك الوصية بالعبد وهو سدس والوصايا مبنية على الجواز بما يمكن

قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يوصي بثلاث ماله لرجل ويقول غلامى يخدم فلانا ما عاش ثم هو حر فينظر في ذلك فيوجد العبد ثلث مال الميت قال فان خدمة العبد تقوم ثم يتحصان بحاص الذي أوصى له بالثلاث بثلاثة ويحاص الذي أوصى له بخدمة العبد بما قوم له من خدمة العبد فيأخذ كل واحد منهما من خدمة العبد أو من أجارته إن كانت له أجرة بقدر حصته فإذا مات الذي جعل له خدمة العبد ما عاش عتق العبد

ذلك فوجب التحاص (مسألة) ومن أوصى بعبد ميمون لزيد ثم أوصى به لعمر ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى فإنه يكون بينهما بنصفين رواه ابن عبدوس عن مالك وابن القاسم وأشهب وكذلك لو كانت داراً لكانت بينهما أو ما حله الثلث منها وبه قال جمهور العلماء وقال عطاء وطاوس وهلال آخر ودليلنا ما قدمناه أن الوصايا مبنية على المحاصة لأنها حقوق مقدرة في المال تنتقل عن ميت إلى مالك دون عوض كالموارث التي يدخلها العول (فرع) إذا ثبت ذلك فقد حكى ابن المواز أنه بينهما حتى يتبين أن القول الآخر رجوع عن الأول مثل أن يقول عبدى الذى أوصيت به لزيد هو لعمر وهذا رجوع فإن لم يقبله الثانى فلا شئ فيه للأول وقال القاضى أبو محمد فى معونته وذكر فى المجموعة والموازىة إذا قال عبدى لفلان وهو لفلان فهو بينهما فإن ردد الثانى فنصيبه للورثة فأما قوله هو لفلان وهو لفلان فوجه التشريك فيه ظاهر وأما قوله عبدى الذى أوصيت به لزيد هو لعمر وأنه رجوع فوجه ذلك أن قوله عبدى الذى أوصيت به لزيد ابتداء كلام غير مستقل بنفسه حتى يقترن به الجواب وجوابه هو لعمر وذلك يقتضى أن هذا جميع الخبر وذلك يفيد نقل الوصية بجميع العبد كما لو قال عبدى ميمون لعمر وإذا قال عبدى ميمون وصية لزيد ثم قال فى ذلك المجلس أو مجلس آخر عبدى ميمون لعمر وفان كان كل واحد من القولين قائماً بنفسه مستقلاً بخبره لا يفيد إلا ما يفيد الآخر فوجب التشريك وفى المدونة من قال العبد الذى أوصيت به لفلان هو وصية لفلان رجل آخر فقد قال مالك أن كان فى الوصية الأخيرة ما ينقص الأولى فهى ناقصة لها فلم يصرح بأن الثانية ناقصة لما كانت عنده محتملة أو غير بينة وإنما الرجوع البين عن الوصية أن يقول هولاء يبدل لعمر أو يقول قد صرفته من زيد إلى عمرو فأما الاعتبار بالتصريح بصرفه عن الموصى له به أولاً ولا اعتبار بالنص على أن جميعه للموصى له به آخر والله أعلم (مسألة) ولو أوصى بعبد لوارث من ورثته ثم أوصى به لأجنبي فى الموازىة عن ابن القاسم وأشهب أنه بينهما وإن لم يحجز الورثة نصيب الوارث رجع ميراثاً ووجه ذلك أنه أوصى به فى وجهين فاقضى ذلك التشريك بينهما إلا أن نصيب الوارث للورثة فيه الخيار بين الإجازة والرد ولا خيار لهم فى نصيب الأجنبي ولا فى شئ منه إذا حل الثلث العبد ولو أوصى لأجنبي ولوارث لا وارث له غيره فى المدونة أن الأجنبي مقدم فى الثلث ووجه ذلك أن هذه الوصية للوارث لا تأثير لها لأنه إنما يصير له بها ما كان يصير له دونها فلذلك قدم الأجنبي عليه وإذا أوصى لأجنبي ولوارث من جملة ورثته كان لوصية الوارث تأثير لأنه أعطاه بها ما لم يكن له دونها فلم يدم الأجنبي عليه (مسألة) ومن أوصى بعق عبد ثم أوصى به لرجل فهو رجوع وكذلك لو أخرج الوصية بعققة قاله ابن القاسم وقال أشهب فى الموازىة العتق يبدأ وحكى القاضى أبو محمد أن العتق يبدأ قدم أو آخر وجه قول ابن القاسم ما ذكره القاضى أبو محمد أن العتق لا يجوز الاشتراك فيه لأنه بمنزلة ابتدائه فإذا امتنع ذلك لما فيه من المنع حل على الرجوع ووجه قول أشهب ما احتج به من أن الوصيتين إذا اجتماعتا فى عين قدم العتق وليس ذلك بمعنى الرجوع عن الوصية وإن تعلقت بجميع العبد كما لو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمر والفرق بينهما على قول ابن القاسم أن الوصية بالعتق وصية بازالة ملك والوصية بتمليك العبد وصية بتمليك والفرق بينهما أن حصص التملك يجمع بينهما فى المحاصة فى التفليس وغيره ولا يجمع بينهما فى العتق وأيضاً فإن الوصايا يخاص بينهما إذا اجتمعت فى التملك ولا يخاص بينهما إذا كان بعضها بعتق وبعضها بتمليك وذلك يدل على معنى الاشتراك والله أعلم (مسألة) ومن أوصى لزيد بعبد ساهم ثم أمر رجلاً

آخر بيع كل عبده في العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن وهب يسأل الأمر فان كان مات قبل ذلك نفذت الوصية ولم تغير إلا بأمر بين وقال ابن القاسم أمره ببيع كل عبد رجوع عن الوصية كالأمر أن يتصدق عنه بكل ماله في ذلك البلد على رجل لكان رجوعاً والصدقة أثبت من الوصية وكذلك لو أعتق كل عبده بذلك البلد لكان العتق أولى ووجه قول ابن وهب أن اللفظ الخاص واللفظ العام إذا تعارضا كان اللفظ الخاص أولى فيما قبله من العام لأن اللفظ الخاص يتناول ما يقع تحته على وجه لا يحتمل غيره واللفظ العام يتناول على وجه محتمل وقول ابن القاسم مبني على مذهب أبي حنيفة في أن اللفظ العام المتأخر يرفع حكم اللفظ الخاص المتقدم وقول ابن وهب أجري على أصول أصحابنا وهذا قد ذكرته في أحكام الفصول بما يغني الناظر فيه ويجب أن لا يسمى ما ألزمه ابن القاسم من الصدقة بجميع ماله في ذلك البلد إذا كان الموصي بهم من جملة ماله في ذلك البلد وكذلك العتق (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم أوصى ابنه ببيع أو قال يبعوه من عمرو وفي المجموعة والموازاة عن أشهب أنه رجوع قال إلا أن يقول عبدي لزيد يبعوه من عمرو وليبع من عمرو بثلاثي ثمنه ويعطى ذلك لزيد ووجه ذلك ما مضى غير أنه فرق بين أن يوصى بالعبد لزيد ثم يوصى به على الإطلاق أو من عمرو وبين أن يوصى به لزيد ثم يقول يبعوه من عمرو وقد كان جمع بينهما إذا أوصى به لزيد ثم قال هو لعمرو فجعل للوصية بالبيع تأثيراً في أحد الوجهين وذلك أن البيع إنما تناول الوصية به ألة الملك فأشبهت العتق من هذا الوجه والبيع يتضمن التملك ولا يتضمنه العتق بل ينافيه والله أعلم (مسئلة) ومن أوصى بعبده لزيد ثم قال بعد ذلك خدمته لعمرو قال أشهب في المجموعة ليس هذا رجوع والغلة والخدمة سواء فإن جملة الثالث استخدمناه واستغلامه جميعاً بالسواء وإن لم يحمله الثلث فلورثته إن تحروا وإن يسلموا إليهم أثلث الميت ووجه ذلك أن المقصود من العبد الخدمة فلما آثر منه المسمى على الإطلاق ولفظ الاستيعاب ساوى الذي أوصى له برقبته لأن ذلك أيضاً يقتضى استيعاب الخدمة فيساويان في ذلك لما قدمناه أن حكم الوصيتين التشريك ما أمكن ذلك ولم ينافي أن تكون الخدمة بينهما حلت الوصيتان على ذلك وليس ذلك بمنزلة الذي يوصى برقبته لأحد هاولاً آخر أن تباع منه فإنه محال أن تبقى رقبته لزيد مع بيعه من عمرو فجعل عند الشريك على مقتضى وصيته على واحد منهما وهو أن تباع من عمرو ويصرف الثمن إلى زيد لانه بدل رقبته التي أوصى له بها لانه كانه لما وصى ببيعه ولم يرد بذلك رد ما تقدم من وصيته به لزيد فقد أبقى له ثمنه (مسئلة) ومن أوصى لزيد بخدمة عبده سنتين ثم هو حر ثم أوصى لعمرو بخدمته سنة أنهم ما يتعاضدان في خدمته سنتين يضرب صاحب السنتين بسهمين وصاحب السنة بسهم ولو قال يخدم زيد أسنة ثم هو حر ثم قال يخدم فلان سنتين لتعاضداً في خدمة السنة لزيد ثلثها و لعمرو ثلثها فيكون حرّاً قاله كله ابن القاسم في المجموعة ووجه ذلك أنه استثنى في المسئلة الأخيرة خدمة سنتين قبل العتق واستثنى في المسئلة الثانية سنة قبل العتق ثم أوصى بخدمة سنتين فسلمت السنة الأولى من معارضة العتق وعارض العتق الخدمة في السنة الثانية فقدم العتق و فرق ابن القاسم بين هذه المسئلة وبين الذي أوصى بعتق عبده ميمون ثم أوصى به لعمرو فجعل ذلك رجوعاً لأن العتق يبطل في تلك السنة وهو في مسئلته باق ثابت الحكم فلم تكن الوصية بخدمة السنة الثانية رجوعاً عنه (مسئلة) ومن أوصى بثلاثة أعبده لزيد ثم أوصى بواحد مسمى منهم لعمرو في العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم أن حل ذلك الثلث فالعبدان لزيد والعبد

الثالث بينهما وبين عمرو بنصفين ووجه ذلك ان في العبد الواحد وقع التشريك فكان بينهما والعبدان
سلمان ذلك فسلمان من أفرد بهما (مسئلة) ومن أوصى لزيد وعمرو بالمائة التي على خالد ثم أوصى
بها لزيد فليضرب فيها زيدا بمائة وعمرو بخمسين رواه عيسى عن ابن القاسم في العتية ووجه ذلك
انه لما كانت المائة معينة لمن هي عليه لم تتعدها الوصية ولما أوصى بها لزيد وعمرو وكان كانه أوصى
بخمسين منها لكل واحد منهما ثم لما أوصى لزيد بهما مرة أخرى فقد أوصى له بمائة بعد ان أوصى له
بخمسين فسقطت الخمسون وكان له مائة يضرب بها ويضرب عمرو بخمسين فيكون لزيد ثلثا
المائة ولعمرو ثلثا والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى لرجل بجزء من ماله وأوصى لآخر بدينار
مسماة وضاق الثلث عن الوصيتين ففيها ثلاث روايات احداها تبدئة الجزاء على التسمية والثانية
تبدئة التسمية على الجزء والثالثة المحاصة بينهما ذكر ذلك القاضي أبو محمد وبالرواية الثالثة قال ابن
القاسم في المجموعة قال القاضي أبو محمد وجه الرواية الأولى ان الجزء آكد في باب الوصايا من التسمية
الأنرى انه لو أوصى له بألف فتلفت التركة كلها الا الألف لم يستحق الموصى له الا ثلثها فبطلت التسمية
ورجعت الى حكم الجزء ووجه الرواية الثانية ان التسمية آكد من الجزء للنص على قدرها بوجه
غير محتمل والجزء لا يتقدر به الوصية الا بوجه محتمل ووجه الرواية الثالثة انها جهتان للاستحقاق
بالوصية فلم تكن احدهما أولى من الاخرى ورجع الى المحاصة واستدل سحنون على المحاصة انه قد
انتقص كل واحد منهما بما أدخل عليه من صاحبه

(الباب الثاني في أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به)
وذلك ان الوصية لا تخلو أن تكون عروضا كلها أو عينها كلها أو بعضها عين وبعضها عرض فان
كانت التركة عروضا كلها أو بعضها عرض وبعضها عين فأوصى له بعرض معين بجملة الثلث فقد
روى على بن زياد فيمن أوصى له بعد ثمنه عشرة ودينارا وله أموال عريضة فقال الورثة لا نحب
أن نخلص له العبد فليس ذلك لهم الا فيما لا يسعه ثلثه أو يشكل أتساعه له فيخير وبين الاجازة والقطع
بثلث جميع مال الميت ووجه ذلك انه أوصى بالعبد وهو دون الثلث وله التصرف في ثلث ماله
فليس للورثة منعه من ذلك الا لوجه مضرته تلحقهم بتعيينه أو الزيادة على الثلث فيرد عند ذلك الى
الثلث الذي هو نهاية ماله فيه من التصرف وهذا على أحد قولين مالك وذلك ان من أوصى لرجل
بعد وهو أكثر من ثلثه فلم يجز الورثة فقد اختلف فيه قول مالك فقال أولا يقطع فيه بثلث الميت وبه
قال عبد الملك وابن كنانة ورواه على بن زياد عن مالك في هذه المسئلة ثم رجع فقال يقطع له بالثلث
في تلك العين الموصى بها واختاره ابن القاسم وأشهب وروى القولين عنه ابن القاسم وأشهب
وجه القول الأول ان هذه وصية عالت على الثلث فاذا لم تجز الورثة ردت الى ثلث التركة كما لو كان
معظم المال غائبا أو دينارا ووجه القول الثاني ما احتج به أشهب ان العبد لو مات قبل أن يخلع الثلث
لبطلت الوصية ومعنى ذلك انه لما كان من ضمان الموصى له دل ذلك على اختصاص وصيته بثلث
العين فلا ينقل عنها وانما يبطل ما زاد على الثلث (مسئلة) ولو أوصى بدينارين والتركة كلها عروضا
فقال ابن القاسم اذا كانت التركة عروضا حاضرة وأوصى بدينارين فلا ينجز فيها وتباع عروضا
وتعطى الدينارين ولا يخلع له الثلث ان لم يصبر وا عليه حتى تباع العروضا وتعطى قال ابن المواز
وهذا كالعين الحاضرة لا تعيين فيه بخلاف الدين والمال الغائب وليعجل وصية الميت فاذا ترك
مائتي دينار وعروضا وأوصى بمائة دينار فلا ينتظر بيع ذلك وتعجل وصية الميت من المائة العين

ووجه ذلك انه ليس ههنا ما يوجب النقل عما أوصى به الميت وإذا أخرج الثلث صاحب الوصية على وجهه فلا تخيير بالقطع بالثلث لمن أباه من الورثة أو الموصى له (مسئلة) فان كان في التركة دنائير وعروض فأوصى له بدنائير فقد قال أشهب في المجموعة فيمن أوصى بعشرة دنائير معينة لم يخلف عينا غير هاوله عروض وسراى ورقيق ودواب قال الشيخ أبو محمد يده حاضرة تدفع اليه العشرة الدنائير وان كره ذلك الورثة ولو لم يخلف من العين الا خمسة دنائير لأخذها ويبيع له بخمسة قال ابن القاسم في المجموعة ان لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه خير الورثة بين الاجازة أو القطع بالثلث وقال عبد الملك اذا استأثر عليهم بالعين وأبقى العروض والدين فلم يخلع في خلع الثلث وليس ذلك بمنزلة العرض وقد تقدم من قول أشهب ان وصيته بالعين تنفذ ما لم تزد على الثلث وجه قول ابن القاسم ان العين مزية بحضور منفعة أو عموها فيه يصل الى كل شيء من ساعته وسائر العروض منفعتها خاصة ومن أراد أن ينتقل من منفعتها الى منفعة أخرى لم يتيسر ذلك عليه كتيسره بالعين فلم يكن للموصى الاستبداد بالعين وكان له الاستبداد بعرض من العروض فلما كان للعين هذا الحكم المفرد صار له حكم التركة المفردة فروع ثلثه وفيه معنى آخر انه اذا أبى الورثة من الاجازة تنقل على قول ابن القاسم الى ثلث التركة وقدر وي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية فيمن أوصى لرجل بدار وآخر بعيد وآخر بمحاط فكل ذلك أكثر من الثلث انه يعطى لكل واحد منهم ما يخرج له المحاصة في العين التي سميت له فلو أوصى مع ذلك لرجل آخر بمائة دينار لقطع لهم بالثلث في جميع التركة دون ما سمى لهم قال لان الوصايا قد عالت ولا بد من بيع ذلك أو بعضه لسبب العتق قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندى يقتضى انها تركه لآعين فيها فلما احتيج الى بيع شيء منها من أجل الوصية بالعين وقعت المحاصة بين صاحب العين وأصحاب الأعيان ونقلت الوصية الى ثلث التركة لما اجتمع فيها عين أو أعيان وهى كلها عروض (مسئلة) وهذا اذا كانت التركة حاضرة فان كانت غائبة أو دينا ففي المجموعة لأشهب فيمن أوصى بهذا العبد بعينه لم يده وبهذا الفرس بعينه لعمره وهما حاضران فان خراجا من ثلث ما حضر مضى ذلك والانفذ منهما ما يخرج من الحاضر فان كان جميع الحاضر ثلاثمائة الفرس مائة والعبد مائة أعطى كل واحد منهما نصف ما أوصى له به وخير الورثة بين أن يعطوا هما النصف الثاني أو يعطوا هو ثلث المال الغائب وهذا قول أشهب قال ابن المواز وقد قيل هذا ونحن نستحسن ان لم يجز الورثة أن يعطى الموصى لهم فيها حضر وغاب وكل شيء منه فعلى قول أشهب لا تنقل الوصية الى الثلث مع احتمال الثلث لها وان نقلت غيبة المال استيعاب الوصية في العين الموصى بها وانما ينقل الى استيعاب الوصية فيها أن يزيد على ثلث التركة كلها وعلى قول ابن المواز ان كل ما منع استيعاب الوصية في العين الموصى بها نقل الى الثلث كالزيادة على الثلث وقدر وي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية فيمن أوصى لرجل بعشرة دنائير ولم يترك الا ما لا غائب أو دينا فأراد الموصى له أن يعجلوها له وقال الورثة نتقاضى ونعطيك فليخير الورثة فاما عجلا له العشرة أو يقطعوا له بالثلث فيتقاضى لنفسه وينتظر ما غاب فجعل نقيب المال والدين ينقل الى الثلث وروى ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فيمن أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار وليس في تركته حاضر الا مائة دينار وسائر غائب خير الورثة فان شاءوا أعطوا المائة الحاضرة وأتموا له من المال الغائب وصيته والأعطوا له ثلث التركة حاضرها وغائبها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم فقد قال ابن المواز عن ابن القاسم وكذلك

لو أوصى له بدنانير معينة لا تخرج من حاضر ماله وله مال غائب فقد قال أصبغ في الموازية والعينية
سواء عند أصحابنا في قول مالك أوصى بدنانير معينة أو غير معينة إذا لم يخرج مما حضر وإنما اتبعهم
فيه ورأى في الاستحسان أن كانت الدنانير معينة ولم يحملها الثلث ولم يجز الورثة فليعط الثلث من
كل شيء قال الشيخ أبو محمد يدعى أحد قول مالك وأخذ ابن القاسم بقول مالك الآخر أنه يحمل
محمل الثلث في الدار قال أصبغ وأما أن أوصى بدنانير غير معينة فهي جارية في المال على ما شرط
ويأخذ من كل ما حضر ونض ثلثه ومن ثمن ما يبيع حتى يتم له ما أوصى له به ولا يكون له ثلث التركة
قال ابن المواز ولا يعجبنا قوله والصواب قول مالك التعجيل أبرأ لأن الميت أراد تعجيل المائة فلم
ينفذه ذلك فيلزمهم الخروج من الثلث

(فصل) وقال عبد الملك في المجموعة إذا أوصى بعشرة دنانير معينة ولم يدع عيناً غير ماله أموال
كثيرة منها البعيد الغيبة والأجل البطي يبيعه والدين المغيب فلورثة أن يدفعوا العشرة أو يعطوا
ثلث الجميع وروى أصبغ عن ابن القاسم في العينية فممن لم يترك إلا ثلاث دور وأرضاً وأوصى
لرجل بمخمس دنانير يلزم الورثة أن يعطوها إياه أو يقطعوا له ثلث الميت ولا يبيع السلطان من
دوره بمخمس دنانير قال وقاله مالك فيه وفي المال الغائب والمفترق فعلى هذه المعاني الناقلة مع احتمال
ثلث التركة الوصية أربعة اثنان متفق عليهما كون المال غائباً أو ديناً ومعنى ثالث مختلف فيه على
ما تقدم وهو أن تكون الوصية عيناً وباقى المال عرضاً ومعنى رابع وهو أن تكون الوصية عيناً
معيناً وباقى الوصية أصلاً ينتظر بيعه (مسألة) ومن كان له زرع أخضر وثمره صغيرة وأوصى
بوصايا يضيق عنها الثلث وترك رقيقاً فإن كانت الوصايا بمال فليبيع الرقيق ولا يوقف ويعطى لأهل
الوصايا ثلث ما نض فإذا حان بيع الزرع والتمر يبيع فأخذوا ثلث الثمن وأما أن كان في الوصايا عتق
فأوصى ببعض الرقيق لأحد فلا يباع من فيه وصية ويوقف فإذا حل بيع الزرع يبيع ولا يقسم من
المال شيء ثلث ولا غيره حتى يباع الزرع إلا أن يحجز الورثة ذلك فيقسمون بقية المال ويبقى لهم الزرع
ولو أوصى بعتق جميع الرقيق لم يعتق منهم أحد حتى يحمل بيع الزرع فيباع ويعتق منهم محمل الثلث
رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم قال أصبغ إلا أن يطول أمد الزرع في أول ما ينذر ويتأخر عنه
الأشهر الكثيرة وفي ذلك عطب الحيوان والضرع على العبيد فليعتق منهم ما حضر وبرجاً الزرع
وقدر وى أشهب عن مالك في الموازية فممن أوصى بعتق عبده وله مال حاضر وغائب ولا يخرج من
ثلث الحاضر أنه يوقف العبد حتى يجمع المال فيعتق وقاله ابن القاسم فيما يقرب من الأشهر البسيرة
وقال أشهب بل يعجل من عتق العبد ما حله ثلث الحاضر ولو لم يحضر غيره وكل ما حضر بعد ذلك
شيء زيد فيه عتق ثلث ذلك حتى يتم عتقه أو يؤيس من المال ولا يوقف جميع العبد لاجتماع المال
ونحوه قال ابن القاسم في المدة البعيدة قال سحنون لو كان ما قاله أشهب لأخذ الميت أكثر
من ثلثه لأنه استوفى ثلث الحاضر فصار باقى العبد موقوفاً على الورثة (فرع) إذا ثبت ذلك فن
أوصى له بدنانير والتركة عروض حاضرة فقد قال ابن القاسم في الموازية يصبر حتى تباع العرض
ويعطى وكذلك أن أوصى له بعبد لم يعجل حتى يعرف الورثة تجهيل المال بالقبعة قال محمد ليعرف
خروجه من الثلث وقال أشهب في المجموعة تباع له من ساعته إلا أن يكون ضرر رفيوخر اليومين
والثلاثة والله أعلم وأحكم

(الباب الثالث في المحاصة بالتعبير ومدته)

فقال مالك في الذي وصى بثلاث ماله لزيد بخدمة عبده لعمر و ما عاش ثم هوسر والعبد ثلث مال الميت فان خدمة العبد تقوم قال أشهب في المجموعة والموازاة تقوم خدمته أقل العمرين على غرضها غير مضمونة ان مات أحدهما قبل ما جعل له من التعبير فاصار له حاص به الذي أوصى له بالثلث بمنتهى الثلث فيأخذ كل واحد منهم ما من خدمة العبد أو جازته بقدر حصته فاذا مات الموصى له بالخدمة عتق العبد (مسئلة) ولو أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ثم هوسر ولم يترك غيره ولم يجز الورثة فقد قال ابن القاسم في المجموعة يعتق ثلث العبد وتبطل الخدمة قال أشهب كنت أقول يخدم بثلثه فلاناسنة ثم هوسر كما يفعل ذلك اذا كان العبد ثلث الميت ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت فكان مالك يقول القول الاول ثم رجع مالك الى هذا القول وقال ابن كنانة وجه القول الاول ان العبد لو أعتق جميعه لم يمت له الخدمة فاذا عتق ثلثه أيضا لم يخرج له الخدمة عما أوصى له به ولا يزيد في العتق اسقاط الخدمة فلزمنا الخدمة ما أعتق منه وجه القول الثاني ان الثلث اذا ضاق عن الوصايا قدم العتق المعين وذلك يقتضي ابطال الوصايا واذا لم يعتق من العبد الا ثلثه فلم يمنع ضيق الثلث نفوذ الوصية وذلك يوجب انفاذ عتق ما حل الثلث منه ولا يصح ذلك الا بابطال الخدمة والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان قسم التعبير المذكور في الوصية بالخدمة عمره أو بالنفقة عمره روى أشهب عن مالك في العتية وغيره ما يعمر ون سبعين سنة وروى ابن كنانة عن مالك ثمانين سنة وروى القاضي أبو محمد في معونته عن ابن الماجشون تسعين سنة وروى علي بن زياد عن مالك يعمر أعمار أهل زمانه وقال ابن المواز التعبير في المفقود من السبعين الى المائة وقال عبد الله بن عبد الله بن عبد الحكم والمائة كثير وجه القول الاول ان السبعين هي نهاية العمر المعتاد غالبا وانما يزيد على ذلك النادر ولا يحكم بذلك لأن من يعمر عليه حق في ذلك فيجب أن يراعى حق الجانبين وجه القول بالثمانين انه عمر قد يبلغ مع الصحة والتصرف وأما الزيادة عليه وان كانت وشدت فانما يكون في حكم المرض فكان حكم التعبير أولى بالثمانين وجه القول بالمائة انه على حكم الحياة فباب فلا يقضى عليه بالموت الا باليقين أو ما يقوم مقامه من الامر الذي لا يبلغه أحد في زماننا وهي المائة وان أدى بالوفاة لأحفاده لا يصح أو يشذوذ ولا يرجى لأحد مثله وقد تقدم في المفقود من ذكر التعبير اذا أضيف الى هذا بلغ منه المقصود ان شاء الله تعالى (مسئلة) وحكم التعبير ان ينظر كم مضى من عمره الى يوم يستحق الاخذ من الوصية وينظر كم بقي له من ذلك الوقت من التعبير فيخاص بما يجيب له من النفقة والكسوة والسكنى أهل الوصايا وانما قلنا ذلك لأنه لا يدري كم يعطيه ولا كم يوقف له من الوصية الا بهذا الوجه ولو أوقفنا له جميع التركة لأضررنا بالورثة وأهل الوصايا ولو دفعنا جميعها الى الورثة وأهل الوصايا لقطعنا حقهم من الوصية وأبطلنا امر الموصى منها مع جوازها فلم يكن يؤمن التعبير ليتوصل بذلك الى استيفاء حقهم من الوصية وايصال الورثة وأهل الوصايا الى حقوقهم منه والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا أوصى له بالنفقة أو بالخدمة عمره فعمره وحاص أهل الوصايا بذلك فهل يدفع اليها ما أصابه في المحاصة من النفقة أو يوقف له قال القاضي أبو محمد في معونته يوقف له ولا يدفع اليه ووجه ذلك انه انما يستحق ذلك الذي لكونه في تلك المدة حيا وقد تخترمه المنية قبل ذلك وقد ألتف ما خرج له التعبير وذلك ممنوع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان زاد عمره على ما عمره أو قصر عن ذلك في الموازية والمجموعة عن ابن القاسم ما بقي بعد انقضاء عمره رد الى أهل الوصايا يتحصون

فيه ثم ان بقي منه شيء بعد تمام وصاياهم رجع الى الورثة وان فني ما أصابه وهو حي لم يرجع على أهل الوصايا بشئ ولم يؤت منه تعبير وهو حكم مضي والقياس ان يؤت منه تعبير ويرجع على أهل الوصايا قال ابن المواز ولا يعتدل قوله انه يرد على أهل الوصايا ما فضل عنه مع قوله ان فني وهو حي لم يرجع عليهم ولا أراه كله الا من قول أصبغ وما أصابه فهو مال من ماله لا مرجع فيه لأحد ولا شك ان ابن القاسم الى هذا رجع والقول الآخر في اثناف التعبير في فناء ما أعطى قبل موته أو موته قبل أن يفني هو قول أشهب وقول ابن القاسم أقول

(الباب الرابع في تبديته بعض الوصايا على بعض)

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغيرهما لا ينظر الى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وانما يبدأ بالأول وكذا قالوا وكذا الآن يكون قال كذا وكذا فيبدأ على ما هو أو كدمنه وفي هذا الذي قاله لا ينظر الى ما قدمه الميت في الذكر وفي اطلاقه ينظر فقيد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون ان ذلك في ماله ان يرجع عنه فأما لا يرجع عنه من عتق بثل في مرضه وعطية بثل وتدير فيه فلا يبدأ بالأول وكذا ولكن بالأول وهذا الذي قاله ابن الماجشون يلزم عليه أن يقدم المدبر في الصحة على صدق المريض لان مدبر الصحة ليس له الرجوع عنه ويلزم على الاطلاق قوله في العطية البتلة أن لا يقدم المدبر في الصحة على وصيته في الصحة بعق عن قتل خطأ أو ظهار لان ذلك مما ليس له الرجوع عنه الا أن يرد بذلك ما يلزمه فتعين المطالبة به فيلزم على ذلك مدبر الصحة على كل وجه وقال ابن حبيب بأثر ذلك ولو أوصى بهذه الكفارات وبالزكاة وقال زيد وأعلى ذلك عشرين دينارا أو وصيت بها لفلان لنبت قال وقاله أصبغ فذهب في لزوم ومنع التبديته الى ما بثل من عتق أو عطية وقد تقدم له انه يمنع ذلك وان شرط التبديته في تدبير المرض فحصل من هذا أن المدبر والموصي بعقته سواء ولا يكاد يتحصل له أصل الاعلى ضعف وهذه الزكاة التي أوصى بها في الصحة أو في المرض قبل عتق بثل أو معه في لفظ واحد فأما ان بثل عتق عبده ثم أوصى بزكاة فرط فيها فليس له ذلك قاله ابن المواز ورواه ابن وهب وابن القاسم في المجموعة عن مالك على الاطلاق ان الزكاة مقدمة على عتق البتل والتدبير في المرض وفسره سحنون فقال هذا ان كانت الوصايا معا أو كانت الوصية بالزكاة قبل وقال ابن القاسم في المجموعة ان يرى المريض فدبر عبدا ثم بثل عتق آخر بدى بالتدبير ولو بدأ بالعتق لبدى العتق لانه قد ثبت لهما من الثلث ما يرجع فيه فهما متفقان في الموت قال ابن المواز ولم يختلف في هذا قول مالك وأصحابه فجعل التقديم في المرض وجها من الترتيب على الاطلاق ويلزم عليه ما قدمناه من المدبر في الصحة وقد قال أشهب في المجموعة اذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة في لفظ واحد وان كان التدبير بعد ذلك فالزكاة والكفارات مقدمة عليه قال هو والمغيرة واذا دبر عبده ثم أوصى بزكاة وكفارات ايمان قدم المدبر فراعى التقديم في الوصية باللازم وانما راعى التأكيدي في اللفظ الواحد وما كان في حكم اللفظ الواحد (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد اختلف فيما يبدأ به مما يكون في الثلث فقال العتي وابن المواز يبدأ بصدق المريض قال أشهب عن مالك في العتبية وان كان أكثر من صدق مثلها واختلف قول ابن القاسم فيه وفي تدبير الصحة فقدم المدبر مرة قال ابن المواز وبه قال مالك وأصحابه قال العتي وابن المواز وقدم الصدق أخرى وبه قال عبد الملك في المجموعة وروى عن ابن القاسم رواية ثالثة يسوي بينهما بالخاصة فوجه القول بتقديم الصدق لانه مختلف في كونه من رأس المال وقال ابن الماجشون في المجموعة

هو كالجناية ووجه آخر انه ان صح من هذا المرض صار كالدين يتعلق بالذمة ورأس المال والمدبر لا ينتقل من الثلث ووجه القول الآخر انه اضر لزم في الصحة فكان مقدما على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق البتل في المرض (مسئلة) فاذا ثبت تقديم هذين الاثنين فلا خلاف في تقديمهما على كل ما يكون في الثلث الا ما قاله اشهب في المجموعة وهو ما قدمنا ذكره ان الزكاة والكفارة مقدمان على التدبير ووجه قول مالك واصحابه ان التدبير امر لازم حال الصحة مختص بالعتق وللعنق تأثير في التقديم ووجه قول اشهب ان هذه حقوق لازمة متقدمة بالشرع فكانت مقدمة على ما يلزمه المرء من نفسه ولذلك قدم على سائر الوصايا (فرع) اذا ثبت تقديم الصداق والمدبر فقد قال ابن المواز تلبيها الوصية بما فرط فيه من الزكاة وقاله ابن القاسم في الموازية والعتيبة وقال مالك الزكاة مبدأة على كل كفارة وعتق وابتال في المرض ووصيته بذلك اذا اوصى بها وروى البرقي عن اشهب ان العتق يريد المعلن يقدم على الزكاة والزكاة تقدم على الصدقة قال محمد وقول ابن القاسم احب اليينا وقال ابن الماجشون في الواخضة اذا اوصى بوصايا كان له عامه او لعام فارط وزكاة فطره وكفارة طهار وقتل وجزاء صيد وكفارة ايمان وما بتل في مرضه من عطية او صدقة او حبس او اصدق عن ليس بولد فذلك مبدأ على الزكاة بوصى به بما فرط فيها وعلى غير ذلك من الوصايا وكذلك المدبر في المرض مقدم على الزكاة المفترط فيها اذا اوصى بها فهذه الواجبات كلها لا يقدم بعضها على بعض وتقدم هي على الوصايا ووجه القول الاول ان الزكاة اقرار بأمر مقدم وجوبه بالشرع فكان مقدما على ما ثبت من فعله وعلى ما اوجبه هو على نفسه كالصلاوات والصوم وما وجب منها بالشرع آكد مما اوجبه هو على نفسه وقد قال ابن حبيب ان المبتل في المرض يقدم على الزكاة لانه لو شاء قال لم تكن على زكاة وقاله كله مالك فقد كنت أقول انه أراد به اوصى بالزكاة حال مرضه بعد العتق لكنه علل بما قدم وذلك يقتضي ضعفها عنده لما كانت مصر وفتاى أمانته وهذه صفة تتساوى الوصية بها حال الصحة وحال المرض والله أعلم (فرع) فاذا قلنا بتقديم الزكاة ففي كتاب ابن المواز زكاة المال والحب والماشية سواء يخاص بينهما عند ضيق الثلث ويبدأ ذلك على زكاة الفطر لانها سنة وقال اشهب تبدأ زكاة المال ثم زكاة الفطر وقد تقدم من قول ابن الماجشون أن زكاة المال وزكاة الفطر سواء ووجه قولنا بتقديم زكاة المال انها واجبة بنص القرآن فكانت أقوى مما ثبت باخبار الآحاد ووجه القول الثاني انها زكاة ثمان واجبتان فلم تقدم احدهما على الأخرى كزكاة العين وزكاة الماشية (مسئلة) فاذا قلنا بتقديم الزكاة بعد المدبر على مذهب ابن القاسم فقد قال في كتاب ابن المواز ثم بعدها عتق الظهار وعتق القتل على وجه الخطأ وجه تقديم الزكاة عليها ما قدمنا من وجوبها بالشرع وايضا فان لهذا العتق بدلا يجزى عنه عن عدمه ولا بد للزكاة فكانت آكد وهذا في قتل الخطأ وأما قتل العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان كفارة الظهار مقدمة إذ ليست بواجبة في العمد وسيرديان نفى وجوبها في الجنائيات ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك وضاق الثلث عن العتق لهما فان كان فيه ما يعتق عن كفارة القتل ويطعم عن كفارة الظهار فنقد ذلك إذ لا اطعام في القتل ولو لم يكن في الثلث غير رقبة واحدة أخرجها وورثته عن أيهما شاؤا وقال أصبغ أحب الى أن يخرج عن القتل لعله يظهر له مال فيطعم عنه فان أيسر من ذلك فعن أيهما شاؤا وهذا قول آخر في المساواة بينهما غير رواية القرعة وغير رواية المحاصة وهي رواية تخيير المنفذ للوصية في أن يخرج الرقبة عن أيهما شاؤا وأما قوله يطعم عن كفارة الظهار فقد قال ابن

القاسم في المجموعة انهار رواية مبينة على تقديم عتق القتل فان بقي بعد ذلك الظهار ما يطعم عنه أطعم
* قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي أن ينتقل الفرض اليه لتعذر الصيام
والعتق وقد قال ابن كنانة من أوصى بعتق عن ظهار فلم يبلغ ثمنه أطعم عنه وفي كتاب ابن المواز ثم
الكفارات يبدأ منها ما فيه عتق على الطعام ثم اطعام الظهار فأشار إلى أنها اذا انتقلت إلى الطعام
لنقص حصتها من الثلث عن العتق نقصت رتبة عن رتبة ما لا ينتقل عن العتق في الوصية (فرع)
قال ابن القاسم في المجموعة فان لم يبلغ اطعام الستين أطعم ما بلغ وان زاد على الستين أعين به في رقبة
ومعنى ذلك انه لما لم يطعم في كفارة أكثر من ستين وقد صار له من الثلث أكثر من الستين كان
استيعاب ذلك أولى ولا يمكن ذلك الا بالعون في رقبة وانما قال ذلك لان حكم الوصية أن لا تبطل
بالتبعض وقيل لابن القاسم ان لم يوص الا بكفارة قتل فضايق الثلث عنها أرجع إلى الورثة قال لا
قيل يعان بها في رقبة قال عيسى قال أصبغ يعان بها

(فصل) وليس شيء مما ذكرناه على رواية المحاصة بينهما وقد ذهب بعض القرويين إلى أن معنى
التحصيص بينهما ان ما وقع للظهار أطعم به وما وقع للقتل أعين به في رقبة وهذا أشبه بالمحاصة وعند
انه يقسم ما أصاب الرقبين بينهما نصفين والله أعلم وقد اختلف قول ابن الماجشون في ذلك فقد
ابتدأ بالقتل وقال يحاص بينهما وروى ابن عبدوس عن ابن القاسم يقرع بينهما وبه قال أبو العباس
الايباني (مسألة) قال في كتاب ابن المواز ثم اطعام الظهار ثم كفارة الأيمان وانما قدمت عليهما
كفارة القتل والظهار لان العتق فيها أثبت لا ينتقل عنه الا مع عدم القدرة عليه وكفارة الأيمان على
التخير والعتق تأثير في التقديم فا كان حكم العتق فيه أثبت كان أولى بالتقديم (فرع) وقد
روى عن مالك انه انما يبدأ بكفارة الأيمان ان كانت عليه فاعلم فأما ان أوصى بهاتين أو تخرج
فلا تبدأ هذه وهي كالوصايا بالصدقة (مسألة) ثم كفارة الفطر في رمضان وانما قدمت عليها
كفارة الأيمان لان كفارة اليمين ثابتة بنص القرآن وكفارة الفطر في رمضان ثابتة بخبر آحاد
(مسألة) ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان وانما قدمت عليها كفارة الفطر لانها ثابتة بالنص
وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد على أن قولنا ان أخبار الآحاد مقدمة على القياس وأما على قول
القاضي أبي بكر انها يتساويان فيجب أن يتحاصا وقد رأيت أبا محمد عبد الحق ذكر تأثير كفارة الفطر
والنذر ولم يذكر كفارة تفريط القضاء ولعله ذهب إلى أن حكمها حكم كفارة الفطر والله أعلم وأحكم
واختلف قوله فيها فقال يتحاصان وقال يبدأ بكفارة القتل إذ لكفارة للظهار بدل وقال ابن
الماجشون في الواضحة بالقولين وقال أبو محمد عبد الحق وروى عن أبي العباس انه يقرع بينهما وقد
قيل انه معنى ما في المدونة وهذا الذي ذكره لا في العباس في المجموعة لابن القاسم (مسألة) قال
ابن القاسم في الموازية بعد عتق القتل والظهار ثم العتق المبطل في المرض والتسدير في المرض
وقال في المجموعة ثم الكفارات ويبدأ منها بما فيه عتق ثم الاطعام ثم كفارات الأيمان وهو الأول
الذي أورده عند الاستيعاب وانما قدمنا عليه ما يقدم لانها كلها أمور لازمة لاسباب موجبة ووجدت
الوصية بها قبل العتق في المرض والتسدير والعتق وغيره وقال ابن القاسم في الموازية ان
المدير في المرض والمبطل فيه يبدأ وقاله مالك في غير الموازية وقال مطرف المبطل في المرض
يبدأ على المدير فيه والمدير فيه والموصى بعتقه يتحاصان وقاله مالك في المدير والموصى بعتقه وجه
التسوية بين المدير والمبطل في المرض انهما لا يصح الرجوع عن أحدهما وبذلك فارقا الموصى

بعته ووجه قول مالك ومطرف ان المدبر والموصى بعته لا يخرج من رأس المال بأفاعة الموصى والمبتل متعلق برأس المال بأفافته قال ابن حبيب ويبدأ بتل العطية في المرض على الموصى بعته بعينه ووجه ذلك ما قدمناه من أنه يتعلق برأس المال بالأفافة وفي الموازية اختلاف قول مالك في تبدئة العتق البتل والتدبير في المرض على الموصى بعته فقال يبدأ البتل والمدبر على الموصى بعته وبه قال ابن القاسم وابن وهب وأشهب وقال أشهب يتصاصون وبلغني أن هذا آخر قول مالك وروى ابن حبيب عن أصبغ عن أشهب انه قال الموصى بعته والمبتل في المرض والمدبر يتصاصون واحتج مالك للقول الأول بما تقدم واحتج أشهب للقول الآخر أنه قال أنما حران ان مت فان عشت فأنت يافلان لاحد مما حر فلم يفضل عليه في موته قال ابن المواز وبالقول الأول أقول لانه قال له ان مت فأنت حر وان عشت فأنت حر فلو تعجل له العتق بتلا لكان كما قال أشهب لانه لو شاء باعه في مرضه وبقى قوله ان عشت فأنت حر فيلزمه ان عاش ولو كان بتل عتقه في مرضه ثم اذ ان ديناً ثم صح لنفذ عتقه وكان عندي لا يكون له الرجوع في عتقه في مرضه (فرع) ومن تصدق في مرضه بصدقة على رجل بتلهاه وأوصى بوصايا فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية ان صدقة البتل مقدمة وقال ابن دينار وتقدم أيضاً على الوصية بعته معين اذله أن يرجع عنه وقاله المغيرة في المجموعة وعبد الملك قال سحنون كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون اذ ابتل في مرضه عطية أو صدقة أو حبساً أو ساق عمن ليس وارث صدقاً فذلك مبدأ على عتق الوصية قال الشيخ أبو محمد يربيعه وعلى غير ذلك من الوصايا الاعتق البتل فالعتق أولى وهما أولى من المدبر في المرض والمدبر فيه مبدأ على الوصية بركة فط فيها وروى ابن القاسم عن مالك انه توقف في تبدئة الصدقة البتل على الوصايا وكذلك في العتبية ويبدأ أحب الي وأما على العتق بعينه فلا ويبدأ العتق (فرع) وهذا كله اذا كان في لفظ واحد وما حكمه حكم اللفظ الواحد فقد قال في الموازية والمجموعة والعتبية اذا كان أمرهما في كلام واحد في مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصبا بعد موته قاله ابن القاسم ولو بدأ في مرضه فمدبر هذا بتل هذا أو بتل هذا ثم مدبر هذا بدى بالأول لانه ثبت له من الثلث ما لا يرجع فيه وهما على كل حال مبدآن على الموصى بعته (فرع) قال أشهب في المجموعة والكلام المتصل لاصمات بينه وهو معنى قولنا في لفظ واحد وقال ابن القاسم في الواحدة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فمما معا وأما ما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ (مسألة) والعتق الموصى به يتساوى فيه العبدان بدأ بذكر بعضهم قبل بعض وأما اذ ابتل في المرض فبدأ بواحد قبل واحد ودبر كذلك بدى بالأول ثم الذي يليه ما لم يكن كلاماً متصلاً وذلك بان يقول فلان حر بتلا ثم يسكت سكوتاً يعلم انه لم يدبر غيره ثم يبدأ فيبتل غيره فهذا ان يتصاصون ولم يختلف فيه قول مالك وأصحابه (مسألة) ولو بتل عتق عبدي في مرضه ثم بتل من آخر نصفه في المجموعة لعبد الملك يبدأ الذي بتل عتقه على النصف الذي لم يتمه لان ذلك انما يستتم من ثلثه بعد موته ولو صح ثم مات لم يستتم عليه والعطية البتل تقدم على استتمامه واستتمامه مقدم على الموصى بعته لان الرجوع عنه وهذا شيء يلزمه (مسألة) وأما عتق البتل وعطية البتل في المرض فقد قال عبد الملك في المجموعة ان العتق يقدم على العطية قال أشهب وعبد الملك ان كان عتقه وعطيته يعني المجابة في البيع وقعا معاً فاما أن يبدأ باحد هما فهو المبدأ (مسألة) ثم الموصى بعته معينا يقدم على سائر الوصايا قاله مالك قال أشهب وانما يقسم العتق بعينه لان من أعتق شخصاً من عبداً استتم عليه ولا

يفعل ذلك في صدقة ولا غيرها قال أشهب وغيره عن مالك أنما يبدأ على الوصايا العتق بعينه كان في ملك أو غير ملك وما لم يكن بعينه فلا تبدئه له قال أشهب لأنها تبدئه بمالك وقال ابن أبي حازم لا يبدأ إلا ما كان في ملكه وجه القول الأول أن الرقبة المسماة للشراء أو العتق قد اختص العتق بها كالتى في ملكه وجه القول الثانى أنها رقبة لا تختص بملكه كالتى لم تعين (فرع) فإذا قلنا بتقدمها على الوصايا فإن اجتماعها في الموازية عن مالك وأشهب وعبد الملك قدمت التى في ملكه وقال ابن القاسم في المجموعة عن مالك يتحصان واحتج أشهب للقول الأول أن العلماء أجمعوا الأمن شذان التى في ملكه تبدأ على الوصايا وأكثرهم لا يبدؤن التى في غير ملكه على الوصايا واحتج لذلك عبد الملك أنه يبدأ التى في ملكه فتم حريته ولعل الآخر لا يتم شراؤه بامتناع أو غيره وجه رواية ابن القاسم أنهما معينان كما لو كانتا في ملكه (فرع) والرقبة التى في ملكه والمسماة أن دخله ما عول عتق منهما مبلغ الثلث والذى يغير عينها أن دخلها عول اشترى ما يقع لها رقبة فان لم يبلغ أعين بها فبما يصير حرا كله قاله ابن وهب في المجموعة (مسألة) وإن أوصى بعتق أحدهما عبده فاجزا وبعث الآخر الى شهر فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية يتحصان فيما قرب من الأجل ويقدم البتل فيما بعده منه واختلف في تقدير القرب فقال ابن القاسم الشهر قريب وقال أشهب الشهر كثير إلا أن يكون اليوم واليومان (مسألة) وإن أوصى أن يعتق أحدهما عبده الى أجل وإن يكتب الآخر في المجموعة لابن القاسم يتحصان وقال في كتاب ابن المواز يتحصان اذا كان الأجل سنة وقال عبد الملك يبدأ المؤجل قال في الواخئة وإن كان أجله بعيدا كالسنة والستين وفي المجموعة أن كان الى أجل طويل فانهما يتحصان فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى به وتسقط الخدمة والكتابة وهما مبدآن على رقبة غير معينة كان ذلك في كلمة واحدة أو فور بعد فور قال عبد الملك في المجموعة ولا يدخل المكاتب في شئ من خدمة المؤجل قال ابن عبدوس احتج بشئ فظن أن معناه اننا لو أدخلناه فيها لكان تبدئه منا للمكاتب وجه قول ابن القاسم أن كل واحد منهما انعقد فيه عقد يفضى الى العتق واقرن به أجل وللمكاتب منزلة فانه قد سقطت نفقته عن السيد وامتنع انتزاع ماله فاقل ما يقتضى ذلك أن لا يقدم عليه العتق المؤجل واحتج ابن المواز للقول الآخر أنه عتق بطل ولا يحاف عليه مجزؤه (مسألة) ومن أوصى بعتق مكاتبه وبعث عبده تحصان رواه في الموازية أشهب عن مالك وجه ذلك أن هاتين وصيتان بعتق في معين قال ابن القاسم عن مالك ولو أوصى بعتق مكاتبه ولم يكتبه عبد آخر لقدم عتق المكاتب (مسألة) ومن أوصى أن يباع عبده للعتق فقد قال ابن القاسم وأشهب عن مالك أنه يوضع من ثمنه ثلثه ويقدم على الوصايا (مسألة) قال أبو محمد عبد الحق ثم النذر مثل قوله لله على أن أطمم سستين مسكينا على ما يندكر عن أبي موسى بن مناس وذهب هو وبعض شيوخ بلده الى قول أبي موسى فمين نذر في مرضه وقول الشيخ أبي محمد فمين نذر في صحته ثم قال بعد النذر الوصية بعتق عبد معين وبمال وبالخرج (مسألة) واذا أوصى بالخرج وبعث رقبة معينة في الموازية يبدأ بالعتق وإن كان تطوعا والموصى صرورة وقاله أشهب ورأه عن مالك وقاله ابن كنانة وابن القاسم وروياه عن مالك وانفرد ابن وهب فقال يقدم الحج للصرورة على الرقبة المغينة (مسألة) واذا كانت الرقبة غير معينة فقد قال ابن القاسم في كتابه يقدم على الصرورة وإن كان العتق غير معين وروى ابن المواز عن ابن القاسم كل شئ من الوصايا مبدأ على الصرورة وقال أشهب يقدم الحج للصرورة على غير المعين وقاله ابن وهب في الواخئة وقول ابن القاسم الذى وافق فيه أصحابه أن يحاصص

بحج الصرورة أهل الوصايا والعق الذي ليس بمعين في هذا ثلاثة أقوال قول ابن القاسم في كتابه
يقدم العتق وقول أشهب وابن وهب يقدم الحج ورواية ابن المواز يحاص بينهما وقالة ابن كبنانة
وجه القول الاول ان العتق مندوب اليه وليس في الوصية بالحج للصرورة وغيره غير الاتفاق فان
الحج واقع على من يحج دون الموصى ويحتمل أن يكون قول أشهب مبنيا على ان الحج تدخله النيابة
ويكون الحج للموصى ولذلك شرط الصرورة والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان الحج عن غير
صرورة فعلى قولنا ان العتق يقدم على الصرورة فبان يقدم على غير صرورة أولى فان قلنا لا يقدم
على الصرورة فقد قال أشهب ان لم يكن صرورة بدى بالعتق الذي ليس بمعين والوصايا كلها
على الحج وقال ابن المواز عن مالك وأصحابه يبدأ كل شئ على الحج غير الصرورة وقالة ابن القاسم
وقال ابن حبيب الرقبة التي ليست بمعينة وحج غير الصرورة والوصايا في الثلث شرعا سواء وقالة
أشهب وهذا الذي ذكره من تقديم الوصايا على الحج انما مقتضاه أن مالكا كره الوصية بالحج
ورأى الوصية بالصدقة أفضل منها وفي الموازية إذا وصى بمثل صدقة وعطية ونحوهما مما بعضه أفضل
من بعض فلا تبسطة فيه وانما هي في العتق قال مالك ومن قال ثلثي في المساكين وفي سبيل الله
وفي الرقاب ولفلان مائة دينار تحاصوا سواء بدأ شيئا من ذلك في كتابه وبلغه حتى يقول بدأ
كذا على كذا فيبدأ ما علم انه لا تأثير للفضيلة في التقديم وانما التأثير لكونه أو كذا أو لم يدرى في
المجموعة وغيرها بن القاسم وأشهب عن مالك انه ليس ما ذكره الموصى في وصيته مبدءا وانما يبدأ
الأوكد فالأوكد وان تأخر ذكره الآن يقول بدأ كذا فيبدأ فعلى هذا انما تبدأ الوصايا على الحج
لكراهية الوصية لالان سائر الوصايا أفضل منه وعلى قولنا بالمحاصة بينه وبين الوصايا فلان بعضها
أفضل من بعض وليست بأوكد فلما تساوت في التأكيد وجبت المحاصة (فرع) اذا قلنا بالمحاصة فانه
يحج بما وقع للحج الصرورة من حيث بلغ قاله ابن القاسم ووجه أنه ذلك تبعض طريقه ولا تبعض
مناسكه فان أمكن أن يحج بما أجزته له المحاصة ولو من مكة نفدت الوصية وان قصر عن ذلك ص
قال يحيى وسعت مالكا يقول في الذي يوصى في ثلثه فيقول لفلان كذا ولفلان كذا يسمى
مالا من ماله فيقول ورثته قد زاد على ثلثه فان الورثة يخبرون بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم
ويأخذوا جميع مال الميت وبين أن يقسموا الأهل الوصايا ثلث مال الميت فيقسموا اليهم ثلثه فتكون
حقوقهم فيه ان أرادوا بالغاما بلغ ش وهذا على ما قال انه اذا كانت وصاياهم كلها صدقة فان كان
جميع من أوصى لهم معينين وذكر لكل واحد منهم عددا منصوصا عليه لم يزد عليه ولم ينقص منه
الآن تنقصه المحاصة لضيق الثلث وان كان في بعض اللفظ اشكال في الموازية فيعين أوصى فقال لزيد
عشرة ولعمرو وخالد عشرة ان الاول سبعة ونصف والثالث سبعة ونصف والاربع عشرة ووجه
ذلك عندي انه لو قال لزيد عشرة ولعمرو كانت العشرة بينهما لكل واحد منهم خمسة ولو قال
ابتداء لعمرو وخالد عشرة لكان بينهما ما قال لزيد عشرة ولعمرو وخالد عشرة قال لزيد لعمرو
ان كان أراد الموصى ان العشرة التي أضافها الى يني وبينك فالخمس الى والخمس لك وان كان أراد ان
العشرة التي أضاف الى خالد وبينك وبينه فلا شئ لك من الخمسة التي أضاف الى والعشرة كلها الى
والخمس خالص الى على الوجهين والمنازعة بيني وبينك في الخمسة الثانية فنصفها لك ونصفها الى مع الخمسة
فيكون لزيد سبعة ونصف ولعمرو اثنتان ونصف ثم يقول له خالد مثل ذلك فيصير له ايضا اثنتان
ونصف وخالد سبعة ونصف فعلى هذا يجري فيها القول (مسئلة) ومن أوصى فقال لفلان مائة ولم

قال وسعت مالكا يقول
في الذي يوصى في ثلثه
فيقول لفلان كذا ولفلان
كذا يسمى مالا من ماله
فيقول ورثته قد زاد على
ثلثه فان الورثة يخبرون
بين أن يعطوا أهل
الوصايا وصاياهم يأخذوا
جميع مال الميت وبين أن
يقسموا لأهل الوصايا
ثلث مال الميت فيقسموا
اليهم ثلثه فتكون حقوقهم
فيه ان أرادوا بالغاما بلغ

يقول من أي شيء في العتية من رواية يحيى بن يحيى أن مال الكارأي أن له مائة درهم وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتية أن كان في بلدة الغالب عليها الدنانير فله دنانير وان غلب فيها الدراهم فله دراهم فان كان فيها الامران فله دراهم وهي الأقل حتى يوقن أنه أراد الأكثر ويستدل على مراده مثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة فيكون له مائة دينار وفي الواضحة عن أصبغ لو قال اعطوه طعاما ولم يقل قححا ولا شعيرا فليعط من القمح لأنه الغالب في الناس ووجه ذلك الاعتبار بالعرف وذلك يتقرر بالشرع وعرف المخاطبة فاذا عدم العرف فغيره من الأدلة وذلك بان يحمل السهم على أقرب مذكور ومثل أن يقول لفلان مائة دينار ولفلان عشرة دنانير ولفلان مائة والظاهر أنه أراد مائة مما عطف عليه ان كان جنسا واحدا فان كانت أجنسا فأحسن ذلك به ما هو أقرب اليه (مسئلة) ولو أوصى له بشاة من ماله فان لم تكن له غنم فله من ماله قيمة شاة من وسط الغنم وان كان له غنم فهو شريك بواحدة في عدد ما ضأنها ومغزها ذكورها واناثها وصغارها وكبارها قاله ابن المواز ووجه ذلك ما رواه القاضي أبو محمد أن ذلك عدل بين الورثة والموصى له وذلك ان الورثة يقولون نعطي أذنوها والموصى له يطلب أرفعها فان كانت شياهاه عشرة فله عشرها بالقيمة لان الواحد من العشرة عشرها وبما أصابه في القسمة أقل من شاة أو أكثر من شاة فان ماتت كلها الا شاة واحدة فهي له ان حلتها الثلث وان ماتت خمسة منها وبقيت خمسة فله خمس الباقية وانما الاعتبار بما يبقى عند القسمة وماتلف قبل ذلك فكان الميت لم يتركه قاله في الموازية (مسئلة) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال ولو كان ابنان فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب وقال أبو حنيفة والشافعي يجعل الموصى له كأنه ابن آخر فله مع الابن الواحد النصف ومع الابنين الثلث قال القاضي أبو محمد ودليلنا على ما نقوله انه اذا قال له أوصيت لك بمثل نصيب أحد بني فقد أحاله على العدد الذي أوصى له به ولا خلاف ان نصيب ابنه جميع المال ونصيب أحد ابنه النصف فيجب أن يكون له ذلك مقدما على الميراث (فرع) ومن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه في الواضحة من قول مالك ان كانوا ثلاثة فله الثلث وان كانوا أربعة فله الربع وان كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت مواريتهم وقسمت ما نصيب البنين عليهم ويكون له مثل نصيب أحدهم وفي العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك فممن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته وهم عشرة أولاد ذكور واناث أو ذكور كلهم فله عشر ماله قال أصبغ في كتاب ابن المواز ان أوصى لهم بمثل سهم أحد ولده أو بمثل جزئه أو قال هو كبعض ولدى أو كاحدهم فهم سواء كوصيته بمثل نصيب أحدهم قال مالك اذا قال بمثل نصيب أحد ورثتي وهم رجال ونساء وزوجات وأم فاما ينظر الى عدد من يرثه فان كانوا عشرة فله العشر قال القاضي أبو محمد لا ينظر الى اختلاف فروضهم لان الانصاء اذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر أولى من الأقل فلم يبق الا الاعتبار بالعدد (فرع) وان كان ولده بنات في العتية من رواية عيسى عن ابن القاسم ونحوه في المواز به يقسم ماله على الفرائض فكان له مثل سهم بنت من بناته فان كان بناته أربع فله ربع الثلث فان كانوا ثلاثة فثلث الثلث ثم يخلط جميع ما بقى فيقسم باقية على الفرائض (مسئلة) واذا أوصى له بجزء من ماله أو نصيب أو سهم ومعيه ثبت له جزء من ماله مقدر خلا للشافعي في قوله يدفع اليه الورثة ماشاؤا والدليل على ما نقوله ان الجزء والنصيب والسهم عبارة عن مقدر وتقدير غير معين فكانه أوصى له بمقدار فيجب أن يطلب ما هو أولى به واذا رد ذلك الى اختيار الورثة

أعطوه الشيء اليسير الذي لا قدر له وفي ذلك إبطال الوصية (فرع) اذ ثبت ذلك فقال أصبح وابن المواز له سهم واحدما انقسمت فريضة عليه من عدد السهام كثر ذلك الجزء أو قل قال القاضي أبو محمد ومن أصحابنا من قال يعطى الثمن وهذا رواه ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه قال اختلف فيه فقال له الثمن لانه أقل سهم ذكره الله في الفرائض وقيل يعطى سهمها مما تنقسم عليه الفريضة قلت السهام أو كثر وقيل يعطى سهمها من سهام الفريضة ان كانت تنقسم من ستة فأقل ما لم تجاوز الثلث فإرد إلى الثلث اذا لم يجز الورثة فان انقسمت من أكثر من ستة فلا ينقص من السدس لانه أصل ما تقوم منه الفرائض قال ابن المواز وأحب ذلك إلى وعليه جماعة أصحاب مالك وابن عبد الحكم ان له سهمًا تنقسم عليه فريضة قلت السهام أو كثر ومنهم من قال يعطى السدس وقال أبو حنيفة يدفع اليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد على السدس فيعطى السدس (فرع) فاذا قلنا يعطى مثل السهم الذي تنقسم عليه الفريضة فكان أصل الفريضة من ستة وهي تقول إلى عشرة قال ابن القاسم في العتية له سهم من عشرة ووجه ذلك انه أقل سهام تلك الفريضة (مسألة) ومن أوصى بوصايا وقال مع ذلك أو فدوا في هذا المسجد مصباحه في المدونة يحاص المسجد بالثلث وبالصايا بما سمي لها فصار للمسجد وقف لمصباحه حتى يفنى قال سحنون وكذلك كل ما كان غير مؤجل مثل أن يقول اسقوا الماء واعطوا المساكين درهمًا كل يوم فكأنه أوصى بثلثه لما لم يوقت (فرع) واذا أوصى بمجهولات في المجموعة لابن الماجشون انه يضرب فيها كلها بالثلث مع سائر الوصايا وكأنها صنف واحد ووجه ذلك انها وصية بمجهولة فسواء كانت في شيء واحد أو في أشياء كثيرة كما لو قال انفقوا على المسجد لمعين وقيدوا لكسوة ولا بنيانا لضربه بالثلث وجاز صرفه في هذه الوجوه كلها (مسألة) واذا أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين أعطى فلان على قدر الاجتهاد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة على قدر حاجته وحاله ولا يعطى النصف وقال أشهب في الموازية والمجموعة فمين قال ثلثي لفلان وبني فلان ففلان كرجل من بني فلان يأخذ كأحدهم وقال أبو حنيفة في الذي أوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء والمساكين لفلان الثلث وللفقراء الثلث وللساكن الثلث (فرع) اذ ثبت ذلك فلو مات فلان قبل القسمة فلا شيء لورثته والثلث للساكنين قاله محمد (مسألة) وهذا اذا جعل في وصيته معينًا وغير معين وان كان كلهم غير معين فقد قال ابن القاسم في الموازية من قال ثلثي لقرابتي وللساكنين يعطى قرابته نصفه ولا يعطى أغنياءهم وليكن بين فقرائهم بالاجتهاد قال ابن القاسم وبلغني عن مالك فمين أوصى بثلثه في السبيل والفقراء واليتامى يقسم بينهم بالاجتهاد أثلاثا قال أشهب ومن قال ثلثي بين بني اخوتي وبين بني اخوتي وبين بني فلان فلا يكون بينهم أثلاثا ولكن على قدر الحاجة والعدد وقاله ابن القاسم وليس كالثلاث لثلاثي لفلان وفلان واحد هما فقير والآخر غني فالثلث بينهما نصفان

(فصل) وقوله فيقول ورثته قد زاد على الثلث أضاف القول اليهم لأن القول في ذلك قولهم اذا لم يثبت له من المال الا ما أظهره قال فيخير الورثة بين ان يعطوا أهل الوصايا وصاياهم على ما ذكرت ان فسرت الوصايا أو أجلت ويكون لهم بقية التركة لقول الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فان أبوا ذلك فسموا لأهل الوصايا ثلث مال الميت وسلموه اليهم فتعين حقوقهم فيه سواء كان ذلك الثلث قليلاً أو كثيراً وانما كان الخيار للورثة لأن الميت قد تجاوز ما جعل له من الوصية بالثلث إلى الزيادة عليه فكان للورثة أن يجيزوا ذلك ويمنعوا لتعلق حقهم به لأن الموصي انما منع من الزيادة

(فصل) وأما أن كان مما ذكرناه ما يكون بين العلة لا يخرج الآخر وجاير يده به أن يغض فعله فإن أفعال هذا في الثلث قاله ابن كنانة فكذا ذلك أول حمل المرأة خفيف وألمه لطيف قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فرت به والغالب عليه البشارة والسرور قال الله تبارك وتعالى فنبشرونها باباسحق ومن وراء اسحق يعقوب فاذا مضت له ستة أشهر فهو أول الاثقال قال الله تعالى حملت حملا خفيفا فرت به فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتيتنا صالحا لنكونن من الشاكرين وذلك انه وقت يصح فيه الوضع قال الله تعالى وحمله وفضاله ثلاثون شهرا والفضل الرضاع وقال تعالى يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فبين ان الحمل يكون أمده ستة أشهر فهي ترتقب الوضع الذي يكثر فيه الخطر ويستدفيه الألم مع ثقل الحمل وتتابع ألمه فهي بمنزلة المريض مرضا مخوفا فأفعلها في الثلث خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قوليهما ان أفعالها جائزة ما لم يضر بها الطلق والدليل على ما نقوله ان هذه حال تصح فيها ولادتها كحال الطلق (فرع) وبهذا تعرف انها بلغت ستة أشهر وروى في العتبية عيسى عن ابن القاسم ان ذلك يعرف بقولها وهي فيه مصدقة ولا يسأل النساء عن ذلك ص قال وسمعت مالكا يقول في الرجل يحضر القتال انه اذا زحف في الصف

للقتال لم يجزله أن يقضى في ماله شيئاً إلا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال ❦ ش. وأما الزاحف إلى القتال في الصف فقد قال مالك أنه كالمريض في أفعاله قال وكذلك من حبس للقتل قال القاضي أبو محمد في قصاص أو حد وهو خلاف لأبي حنيفة في إجازته لهم التصرف ما لم يقرب المحبوس للقتل ويتقدم الزاحف إلى البراز والدليل على ما نقوله أن وجود سبب الموت من المقابلة بمنزلة وجود الموت قال الله تعالى ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون وأما أروا القتال وهو الذي كانوا يمتنون به هذا القاضي أبو محمد ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أسباب للموت مقربة منه كالمريض المخوف والبراز في القتال والتقريب للقتل (مسئلة) وأما ركب البصر إذا أدركه الهول وخاف الغرق قال مالك هو كالمريض وبه قال أشهب ورواه عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب وكذلك من جحت به دابته وقال ابن القاسم هو كالصحيح قال القاضي أبو محمد والقول الأول أقيس لأنه حال خوف على النفس كاتقال الجمل والزحف للقتال في الصف

(فصل) وقوله إذا زحف للقتال في الصف يقتضي أنه أنما يصير له هذا الحكم إذا صار في الصف يريد والله أعلم في صف المقاتلين وجناتهم وأما إذا حضر في النظارة أو كان متوجهاً للقتال قبل أن يصل إلى الصف فليس له هذا الحكم لأن بمحصوله في صف المقاتلة ومباشرة القتال ومحاولته يثبت الخوف وأما من كان في صف الرد فلم أر فيه نصاً لأصحابنا وعندى أنه لا يثبت له هذا الحكم إلا بالكون في صف المقاتلة والله أعلم وأحكم

❦ الوصية للوارث والحيازة ❦

ص ❦ قال يحيى سمعت مالكا يقول في هذه الآية أنها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل ❦ ش قول مالك نسختها آية الفرائض قوله تعالى الوصية للوالدين والأقربين يريد والله أعلم أنه نسخ من ذلك الوصية للوالدين وللورثة من الأقربين دون من لا يرث وذلك أن آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركه الميت فليس للوصى أن ينقص أحدهم من حقه ولا أن يزيد فيه بوصية أو غيرهما وقد روى في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالأقربون الأقارب روى على بن زياد فيمن أوصى لأقاربه أن ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه وقال أشهب في المجموعة يدخل فيه كل ذي رحم منه من قبل الرجال والنساء محرماً وغير محررم فهو ذو قرابة وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه يدخل في ذلك جميع قرابته من قبل أبيه وأمه ويدخل فيه الأعمام والعمة والأخوال والخالوات والأخوة والأخوات وروى عيسى في العتبية عن ابن القاسم لا يدخل فيه الخال والخاله ولا قرابته من الأم قال عنه أصبغ في الواضحة ولا بنو البنات قال عنه عيسى وأصبغ إلا أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه ولولد البنات قال عنه أصبغ لأنه يرى أنه إياهم أراد وكذلك أن كان له من قبل أبيه قرابة قليلة كالواحد والاثنتين وروى ابن القاسم عن مالك في العتبية لا يدخل فيه ولد البنات وولد الخالات وقال ابن كنانة في المجموعة يدخل في ذلك الأعمام والعمة والأخوال والخالوات وبنات الأخ وبنات الأخوات وحكى الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن

للقتال لم يجزله أن يقضى في ماله شيئاً إلا في الثلث وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه ما كان بتلك الحال

❦ الوصية للوارث والحيازة ❦

❦ قال يحيى سمعت مالكا يقول في هذه الآية أنها منسوخة قول الله تبارك وتعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل

اللباد في الذي يوصى لقربته ينظر الى المال فان كان قليلا كان لأهل حرمه دون غيرهم وان كثر دخل فيه الخولة وغيرهم وحكى القاضي أبو الحسن ان اطلاق اللفظ الذرية لا يتناول ولدا البنات (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال أشهب لا يدخل في ذلك قرابته الوارثون استحسانا وليس بقياس وكأنه أراد غير الوارث كالموصى للفقراء بمال ولرجل فقير بمال لا يدخل مع الفقراء في أموالهم رواه ابن المواز عن مالك ومقاله أشهب انه استحسان وليس بقياس انما يريد بالاستحسان التخصيص بعرف الاستعمال والقياس عنده حمل اللفظ على عمومها وما ذكرنا ذلك ليعرف مقصده في الاستحسان والقياس (مسئلة) ولو كان بعض أقارب به مسامحين وبعضهم نصارى فقد روى ابن المواز عن أشهب انه يسوي بينهم في ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم ان الرجال والنساء في ذلك سواء ووجه ذلك ان اللفظ يتناولهم تناولا واحدا لا يختص به بعضهم دون بعض ولعل هذا قول من يرى ان المؤنث يدخل في جمع المذكور أولان ذلك عرف الاستعمال واذا أوصى لعقبه فقد قال القاضي أبو الحسن ليس ولدا البنات بعقب وكذلك اذا أوصى لولده قال ومن أحبابنا القاضي أبو الحسن عمر بن أبي عمرو ممن قال يدخل البنات في الوصية للعقب والقرابة والولد عندهم فيحمل على ذلك بعرف الاستعمال (مسئلة) اذا قال لذي رجلي ولم يقل لذي قرابتي فهو مثل أن يقول لذي قرابتي قاله أشهب في المجموعة ومن أوصى لأهله في العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك ان أهله عصبته وانى لأخواله قال في المجموعة ومواليه حقا والعصبه أبين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون اذا أوصى لقربته أو لذي رجليه أو لأهله أو لأهل بيته فان قولنا وقول مالك وأحبابنا ان ذلك لجميع قرابته ورحمه وأهله من قبل أبيه وأمه من كل من يرثه ومن ليس بوارث وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان من قال آل فلان فهو كقوله أهل فلان وهم العصباء والبنات والاخوات والعلماء ولا يدخل في ذلك الخالات قال أبو زيد عن ابن القاسم وان لم ينسب منه الاخال والخاله لم يدخل فيه وهو العصبه دونه (مسئلة) واذا أوصى لمواليه ففي الموازية عن مالك ان كان له موال من قبل أبيه ومن قبل ابنه أو قرابته يرثونه فليبدأ بمواليه الذرية ويعطى الآخرون الا أن يكون الأبعد أحوج وهذا يقتضي ان اسم مواليه يتناول جميعهم وروى سحنون وعيسى عن ابن القاسم في العتبية ان بين من أعتق خاصة والافكلهم مواليه وروى ابن المواز عن ابن القاسم ان قول مالك اختلف فيه فقال مرة يدخل فيه موالى ابنه وقال مرة القول الذي ذكرناه وقال ابن الماجشون وابن حبيب عن ابن القاسم ان كان مواليه ممن يحاط بهم فهو لمن أعتق خاصة وان كانوا كثيرا مجهولين ولم يقل عتاقة دخل فيه موالى الموالى وأبناؤهم وموالى أبيه وابنه وأخيه وروى ابن عبدوس عن علي عن مالك في الذي يوصى لمواليه يدخل موالى الموالى (مسئلة) ومن أوصى لمواليه وله انصاف موال في العتبية من رواية أصبغ عن ابن وهب يعطى نصف ما يعطى المولى التام ورواه ابن القاسم وابن وهب عن مالك ووجه ذلك انهم انما يستحقون باسم الولاء فاخص العطاء بذلك (مسئلة) ومن أوصى لمواليه دخل في ذلك من يعتق بعده من مدبر رواه عيسى عن ابن القاسم وقال عبد الملك ومن أوصى بعقبه بعد موته وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة يدخل في ذلك أم ولده وهذا لانهم يعتقون بموته فهم حين وجوب الوصية من الموالى وقديين ذلك عيسى فقال في المدبر اذا خرجوا من الثلث (مسئلة) وأما المعتق الى أجل والمكاتب ففي الموازية عن ابن القاسم ان عتقا قبل القسمة دخل فيه وان سبقهم القسم فلا شيء

لم يروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك يدخلان مع الموالي بالسواء فصارا للكتاب والمعتق الى
 أجل وقف لها فان أدى الكتاب وأعتق المؤجل أخذه والارد الى بقية الموالي وروى ابن وهب عن
 مالك في المجموعة ان كان عتقهم قد حان أو عتقوا قبل ذلك دخلوا معهم فان لم يكن ذلك فلا شيء لهم لانهم
 حينئذ عبيد (مسئلة) ومن أوصى لمواليه ولهم موال أنتم عليهم وموار أنعموا عليه ففي المجموعة
 والموازية عن ابن القاسم وأشهب انه للذين أنتم هو عليهم وقال عبد الملك هو لاحقهم ما به وأشهب ما
 بالعطية فان اشتباها فهي بينهما نصان
 (فصل) والذي يقتضيه الفصل على تأويل مالك أن الوصية للوارث ممنوعة لما فيها من تفضيل بعض
 الورثة بتغير ما يجب له بالآية التي تضمنت فريضة كل وارث (مسئلة) ومن أوصى لابن وارثه
 أو لأحد من قهرابته ممن يظن أنه يرجع الى الوارث فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ذلك نافذ
 وقاله مالك في المجموعة ووجه ذلك انه وصية لغير وارث وما يظن به من صرف ذلك الى الوارث لا يمنع
 الوصية له لان مقتضى ملكه ما أوصى له به أن يعطيه لمن شاء فان اقتضى ذلك الموصى فهو الاثم ومنع
 ذلك أبو حنيفة والشافعي وهذا وجه من التعلق بالذرائع (مسئلة) ولا يمين على الموصى له أن الوصية
 ليست على وجه التوليع قاله أصبغ ووجه ذلك انها عين تهمة فيما لا يمكن الاحتراز منه ولا المنع
 (فرع) واذا صرّف الموصى له به الى الوارث جاز ذلك وكان للوارث أخذه وأتركه قاله أصبغ في
 الواضحة ووجه ذلك ان صورته صورة الهبة المبتدأة فليس فيه ما يتحقق به التوليع الممنوع منه
 وسواء كان الموصى له به من أهل الغنى ممن يرى ان الموصى لم يقصد أن يوصى له به أو ممن تظن به
 الحاجة ووجه ذلك أن الوصية لاتنافي الغنى ولا تختص بالفقر والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن
 أوصى لعبده وارثه فان كان بالشئ اليسير كالثوب ونحوه زاد ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب
 والدينار ونحوه فذلك جائز مما يرى انه قصد به رفقه وأما بالشئ الكثير فذلك مردود ان لم يجزه الورثة
 وروى ذلك كله أشهب وعلي بن زياد عن مالك ولم يجوز أبو حنيفة والشافعي قليل ذلك ولا كثيره
 ووجه ذلك أن الكثير يرى انه لم يقصد به العبد وانما قصد به سيده وهو وارث لان السيد انتزاعه من
 العبد (فرع) وكذلك الوصية لأمة ولد وارثه قاله ابن القاسم وقال أشهب وابن القاسم في المجموعة وكذلك
 المكاتب الا أن يكون مليا يقدر أن يؤدي فذلك جائز له (مسئلة) ويجوز أن يوصى لعبده نفسه
 ولغيره ومكاتبه ومعتقه الى أجل ومن ملك بعضه ولأم ولده بالقليل والكثير لانه ليس منهم وارث قال
 ابن القاسم ولا ينزع منه الورثة لانهم اذا انتزعوه منه فكان وصيته لم تنفذ فاستحسن أن يقر بيده
 حتى ينتفع به ويطول زمان ذلك فان أرادوا بيعه باعوه به وقاله مالك (مسئلة) ومن أوصى لحرابي
 فقد ذكر القاضي أبو محمد في اشرافه تجوز الوصية للشركيين أهل حرب كانوا أو أهل ذمة قال
 والدليل على ذلك قول الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ومن جهة المعنى ان كل من جاز
 تملكه لغير الوصية جاز بالوصية كالذي والمستأمن وفي المجموعة فيمن أوصى لبعض أهل الحرب
 وقال فان أجز ذلك والافه في السبيل فلا يجاز هذا في سبيل ولا غيره ويورث وهذا يقتضى ان
 الوصية للحرابي لا تجوز وبه قال أبو حنيفة ووجه ذلك انه عون لهم على الحرب واعلاء كلمة الكفر
 فوجب أن يمنع من ذلك (مسئلة) ومن أوصى أن يجمع عنه أو يصام عنه لرجل معين وله كذا أو
 أن ينفذ باقي الثلث في الموازية ما كان للصوم فليرد ولا يصم أحد عن أحد وينفذ ما أوصى به ليجمع
 عنه ووجه ذلك ان الصوم من عمل الأبدان لا تدخله النيابة كالصلاة والحج له تعلق بالمال وعبادات

المال تدخلها النيابة كالزكاة والكفارة (مسئلة) اذ ثبت ان الوصية للورثة لا تنزيم فانها تجوز اذا اجازها الورثة خلافا لمن يمنع ذلك لان المنع انما هو لحقوق الورثة فاذا اجاز واذلك فقد تركوا حقوقهم كاجازتهم الزيادة على الثلث وتركهم سائر حقوقهم من غير ان قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها انه لا تجوز وصية لوارث الا ان يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان اجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك من غير ان يجزى أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصعابة الى زمانه ولذلك قال التي لا اختلاف فيها عندنا وليس يخفى على مالك انه ليس في ذلك حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال سحنون في المجموعة وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث يقول اذا لم يجز بقية الورثة ذلك فاما ان لم يكن معه وارث فلا يكون وصية بحال ويحتمل أن يكون سحنون اعتقد ان الحديث لشهرته واتفاق العلماء على العمل بمضمونه وكثرة نقلهم له انه قد بلغ عندهم حد التواتر والحديث المروى في ذلك قد أجمع على العمل به الفقهاء وهو ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) وانما راعى في ذلك أن يكون وارثا يوم الموت فلو أوصى لغير وارث ثم كان وارثا بطلت الوصية ولو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لبطلت الوصية وقمر روى سحنون ومحمد بن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت زوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ان كانت علمت بطلاقه فالوصية جائزة وان لم تعلم بذلك فلا شيء له قال ابن القاسم وبلغني ذلك عن مالك لانها كانت تظن انه وارث وقال أيضا ابن القاسم له ذلك علمت أو لم تعلم وجه القول الأول ما احتج به من انها أوصت له وهي ترى انه وارث فلم ترد الوصية ووجه القول الثاني ان الوصية للوارث على الجواز حتى ترد وكذلك اذا اجازها الورثة فهي عطية من الموصي دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو عبد أو نصراني فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحتها ثم ماتت وهي زوجة بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجة ثم طلقها قبل أن يموت نفقت الوصية لها (مسئلة) ولو وهب غير وارث في صحتة فجازا لهبة في صحتة ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس المال قاله أشهب ولو وهب أخاه في مرضه هبة وقبضها المعطى وهو غير وارث ثم صار وارثا فلهبة باطل قاله أشهب ولو وهب امرأته هبة في مرضه ثم تزوجها فمات من ذلك المرض فالوصية جائزة في ثلثه لانها لا تراث ولو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم فذلك كله جائز ووجه ذلك أن الاقرار بالدين حق ثابت في ذمته فروعى ثبوته حين الاقرار به وهو لم يكن وارثا ذلك الوقت وليس كذلك الهبة في المرض فانما ينظر فيها بعد الموت فلذلك اعتبر بحاله حين الموت

(فصل) وقوله ولا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة يقتضى انها مردودة اذا منع ذلك الورثة فن أوصى لوارث ولم يوص بغير ذلك وأراد الورثة رد الوصية فهو بمنزلة من لم يوص ويقسم الورثة التركة على سنة الميراث وان كان أوصى لوارث وأوصى مع ذلك لأجنبي فقد قال القاضي أبو محمد ان الورثة يحاصون الأجنبي كوصية الوارث فاحصل للأجنبي وما حصل للوارث رجع ميراثا وقال الشافعي يبطل حق الورثة والدليل على ما نقله ان الميت اشترك مع الأجنبي في الثلث فلم يكن له جميعه كما لو اشركه غير وارث وهذا الذي قاله أبو محمد يحتاج الى تفصيل وذلك انه لا يخلو أن يكون مع الوارث الموصى له وارث غيره أو لا يكون له وارث غيره فان كان له وارث سواء في كتاب ابن الموازع مالكا وأصحابه انه يحاصص الأجنبي في الثلث فاحصا للأجنبي نفسه وما صار للوارث رجع ميراثا

* قال وسمعت مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وانه ان اجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من اجاز منهم ومن أبى أخذ حقه من ذلك من غير ان يجزى أن يريد بقوله السنة الثابتة العمل المتصل من زمان الصعابة الى زمانه ولذلك قال التي لا اختلاف فيها عندنا وليس يخفى على مالك انه ليس في ذلك حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال سحنون في المجموعة وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث يقول اذا لم يجز بقية الورثة ذلك فاما ان لم يكن معه وارث فلا يكون وصية بحال ويحتمل أن يكون سحنون اعتقد ان الحديث لشهرته واتفاق العلماء على العمل بمضمونه وكثرة نقلهم له انه قد بلغ عندهم حد التواتر والحديث المروى في ذلك قد أجمع على العمل به الفقهاء وهو ان الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث (مسئلة) وانما راعى في ذلك أن يكون وارثا يوم الموت فلو أوصى لغير وارث ثم كان وارثا بطلت الوصية ولو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لبطلت الوصية وقمر روى سحنون ومحمد بن خالد عن ابن القاسم في امرأة أوصت زوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ان كانت علمت بطلاقه فالوصية جائزة وان لم تعلم بذلك فلا شيء له قال ابن القاسم وبلغني ذلك عن مالك لانها كانت تظن انه وارث وقال أيضا ابن القاسم له ذلك علمت أو لم تعلم وجه القول الأول ما احتج به من انها أوصت له وهي ترى انه وارث فلم ترد الوصية ووجه القول الثاني ان الوصية للوارث على الجواز حتى ترد وكذلك اذا اجازها الورثة فهي عطية من الموصي دون الورثة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو أوصى لابنه وهو عبد أو نصراني فلم يمت حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحتها ثم ماتت وهي زوجة بطلت الوصية ولو أوصى لها وهي زوجة ثم طلقها قبل أن يموت نفقت الوصية لها (مسئلة) ولو وهب غير وارث في صحتة فجازا لهبة في صحتة ثم صار وارثا فذلك له جائز من رأس المال قاله أشهب ولو وهب أخاه في مرضه هبة وقبضها المعطى وهو غير وارث ثم صار وارثا فلهبة باطل قاله أشهب ولو وهب امرأته هبة في مرضه ثم تزوجها فمات من ذلك المرض فالوصية جائزة في ثلثه لانها لا تراث ولو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم فذلك كله جائز ووجه ذلك أن الاقرار بالدين حق ثابت في ذمته فروعى ثبوته حين الاقرار به وهو لم يكن وارثا ذلك الوقت وليس كذلك الهبة في المرض فانما ينظر فيها بعد الموت فلذلك اعتبر بحاله حين الموت

فان لم يكن معه وارث غير يعلم انه اراد تفضيله عليه فلا يحاص بذلك وكذلك لو اوصى بجميع ورثته مع الأجنبي وقد استووا في الصفة وسهام الميراث الآن يكون الورثة كورا واناثا وساوى بينهم في الوصية فقخص الاناث فيصاص من الأجنبي وبماذا يحاص من روى أصبغ عن ابن القاسم في الموازية في ابن و بنت اوصى لكل واحد منهما بمائة ولا جني بمائة ان الابنة تحاص الأجنبي بمخمسين وهي التي زادها على مورثها ما أعطى الذكرا مائة وكان يجب لها خسون وقال غيره من أهل العلم تحاص بثلث المائة لان مورثها من مائتين ثلثا مائة فتعاص بالزائد وهو ثلث مائة و روى أشهب عن مالك في العتية فممن اوصى بثلثه لقوم وأوصى بطعام أن يحبس لعياله كلهم بأكلونه قال فلائشي للموصى لهم بالثلث في الطعام ولهم ثلث ما سواه والكلام في الطعام للورثة لان بعضهم أوفر حظا من بعض وبعضهم أكثر كلاما من بعض فان سلموا ذلك والا قسموه على مواريتهم قال الشيخ أبو محمد انظر معنى هذا وقد تقدم عن مالك انه يحاص الورثة الأجنبي عند اختلاف انصائهم به اراد القليل النصيب الان يعني انه اوصى لعياله بقدر مواريتهم * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وجه ذلك عندي انه لما اوصى بالطعام لأهله فهو استثناء من ثلثه فلا حظ له فيه للأجنبي الموصى له بالثلث سواء فاضل بين ورثته في الطعام أو ساوى وانما تكون المحاصة في غير المعين والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن اوصى لوارث فانفذ وصيته ثم قام بعض الورثة فقال لم أعلم ان الوصية لا تجوز له فقد قال مالك في الموازية يخلف انه ما علم ويكون له نصيبه منه وجه ذلك ان هذا مما يجبهه كثير من الناس فاذا كان مثله يجبه لهذا حلف على ما أنكره من ذلك وقضى له به (مسئلة) ومن اوصى لوارث بعبد أو مال وقال ان لم يجزه ورثتي فذلك في السبيل أو هو حر في المجموعة عن أشهب وابن نافع وعبد الملك ذلك باطل لانه مضار بالورثة اذا منعه ما لهم منعه وبه قال مالك وربيعة ولو قال عبدي حر وثلث مالي في السبيل الآن يجز الورثة لابني فهذا يجوز على ما قال وقاله مالك وابن وهب وابن القاسم وابن كنانة وابن نافع وهو قول المدنيين قال أصبغ وأنا أقوله استحسانا واتباعا للعلماء وأما القياس فهو كالأول وقال أشهب لا يجوز وهو من الضرر كالاول وجه قول ابن القاسم انه اذا قال عبدي حر الآن يجزه الورثة لابني فان وصيته انما باشرت الحرية وانما يكون نصيره الى الوارث من قبل الورثة فجاز ذلك لانها ليست بوصية منه للوارث واذا قال هو لوارثي فان منع ذلك الورثة فهو حر فانما باشرت وصيته نصيره الى الوارث فلم يجز لانها وصية محضة للوارث (مسئلة) ومن قال عبدي لفلان وهو أكثر من الثلث فان لم يجز الورثة فهو حر فذلك جائز وهو حر قال الشيخ أبو محمد يريد ما حل الثلث وذلك أن ذلك المقدار يجوز انفاذه في الوجهين جميعا لكنه لما شرط ان منع الورثة من انفاذ جميعه لفلان أن يعتق ووجد المنع منهم رد العتق على ما شرط ولما لم يجز الورثة جميعه عتق منه مبلغ الثلث كما لو قال ابتداء أعتق واجيع هذا العبد فلم يجز الورثة فانه يرد الى الثلث والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله وان أجاز له بعضهم وأبي بعض جاز له حق من أجاز منهم دون من لم يجز معناه أن يكون للرجل ثلاثة من الولد فيوصى لأحدهم بوصية فيجوز أحد اخوته ويأبى الآخر فانه يجوز له حصه المميز من تلك الوصية وزد حصه الآبي ص قال وسهعت مالكا يقول في المريض الذي يوصى فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصى لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك لانفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فاما أن يستأذن ورثته في وصية يوصى بها

* قال وسهعت مالكا يقول في المريض الذي يوصى فيستأذن ورثته في وصيته وهو مريض ليس له من ماله الا ثلثه فيأذنون له أن يوصى لبعض ورثته بأكثر من ثلثه انه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك ولو جاز ذلك لهم صنع كل وارث ذلك فاذا هلك الموصى أخذوا ذلك لأنفسهم ومنعوه الوصية في ثلثه وما أذن له به في ماله قال فاما أن يستأذن ورثته في وصية يوصى بها

لوارث في صحته فيأذنون له فان ذلك لا يلزمهم ولورثته أن يردوا ذلك ان شاؤوا وذلك ان الرجل اذا كان صحيحا كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما شاء ان شاء أن يخرج من جميعه خرج فيتصدق به أو يعطيه من شاء وانما يكون استثنائه ورثته جائزا على الورثة اذا أذنوا له حين يحجب عنه ماله ولا يجوز له شيء الا في ثلثة وحين هم أحق بثلثي ماله منه فذلك حين يجوز عليهم أمرهم وما أذنوا له به فان سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه الهالك شيئا فانه رد على من وهبه الا أن يقول له الميت فلان لبعض ورثته ضعيف وقد أحببت أن تهب له ميراثك فأعطاء إياه فان ذلك جائز اذا سمى الميت له قال وان وهبه له ميراثه ثم أنفق الهالك بعضه وبقى بعض فهو رد على الذي وهب يرجع اليه ما بقي بعد وفاة الذي أعطيه مح ش وبيان ذلك والله أعلم ان اجازة الورثة تكون في وقتين أحدهما بعد موت الموصى وهي التي تقدم ذكرها واتفق العلماء على جوازها والوقت الآخر قبل موت الموصى وذلك في حالتين أحدهما حال الصحة والثانية حال المرض فاما حال الصحة فلا يخفى أن يكون لسبب أو لغير سبب فان كان لسبب كالغزو والسفر في العتية من سماع بن القاسم عن مالك فحين أذن له ورثته عند غزو وجه لغزو وأوسفر أن يوصى بأكثر من ثلثة ففعل ثم مات في سفره ان ذلك يلزمهم كالمريض وقاله ابن القاسم قال أصبغ قال لي ابن وهب كنت أقول هذا ثم رجعت الى ان ذلك لا يلزمهم لانه صحيح قال أصبغ وهو الصحيح وجه القول الأول انه سبب الوصية غالبا كالمرض وجه القول الثاني ان هذه حال صحته فلم يلزم الورثة الاجازة فيها كمالو كانت لغير سبب فاما ان كان لغير سبب وصيته فلا خلاف في المذهب انه لا يلزم ذلك المجيز من الورثة وله الرجوع فيه لانها حال لم تتعلق فيه حقوقهم بالتركة (مسئلة) وأما الاجازة حال المرض فلا يخفى أن تدخل بين وصيته ومرض وفاته صحته أو لا تدخلها صحته فان تدخلها صحته فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الموازية الورثة يجيزون للرئيس الوصية بأكثر من الثلث ثم يصح ثم يمرض فيموت أن ذلك غير لازم لهم لانه قد تدخل الاذن والوفاة حالة لا يصح فيها الاذن كمالو أذنوا في الصحة (فرع) وهذا يلزمهم الميمن انهم ماسكتوا رضا بذلك قال ابن كنانة يلزمهم بذلك وجهه ان صورة السكوت عن التعيين صورة استدامة الرضا فتلزمهم الميمن انهم لم رضوا به في المرض الثاني (مسئلة) فان لم تدخل بين الاذن والوفاة وقت صحته لزم ذلك الورثة قال القاضي أبو محمد وذلك في المرض المخوف وقال أبو حنيفة والشافعي لا تلزمهم الاجازة الابد موت الموصى وقد روى نحو ذلك في المجموعة عن عبد الملك في مريض باع عبدا بأقل من قيمته بأمر بين فانه لا اجازة للورثة قبل الموت إذ لا يعلم لعل غيرهم يرثه والدليل على ما نقوله ان هذه حال تعتبر فيها عطية بالثلث فلزم الورثة الاجازة كبعد الموت واحتج مالك لذلك بما ذكره في الأصل انه لو لم يلزم ذلك الورثة لكان سببا لمنع الموصى من الوصية بالاجازة لو صيته للوارث فاذا مات وقد اقتصر على تلك الوصية رجعوا الى الاجازة فنعموا بذلك الوصية التي أباحها الشرع له والاعتماد في ذلك على اثبات انه وقت اجازة وبذلك يفارق حال المرض حالة الصحة لان حال الصحة ليس بحال اجازة لما ذكر من أنه لم يتعلق بعد حق الورثة بماله ولا حرجوا عليه في ثلثه وأما حال المريض بحال تعلق حق الورثة بماله وغروا عليه في ثلثه وانما يكون أفعاله في ثلثه كبعد الوفاة (فرع) وفي المجموعة لابن القاسم عن مالك انما يلزم إذن الوارث للرئيس اذا كان بائنا عنه فأبناؤه الأبكار وزوجاته ومن في عياله فله الرجوع بعد موته قال ابن القاسم وليس للسفيه اذن ولا للبكر قال ابن كنانة الا المعنسة فيلزمها وأما الزوجة فقد

لوارث في صحته فيأذنون له
فان ذلك لا يلزمهم ولورثته
أن يردوا ذلك ان شاؤوا
وذلك ان الرجل اذا كان
صحيحا كان أحق بجميع
ماله يصنع فيه ما شاء ان
شاء أن يخرج من جميعه
خرج فيتصدق به أو يعطيه
من شاء وانما يكون
استثنائه ورثته جائزا على
الورثة اذا أذنوا له حين
يحجب عنه ماله ولا يجوز
له شيء الا في ثلثة وحين
هم أحق بثلثي ماله منه
فذلك حين يجوز عليهم
أمرهم وما أذنوا له به فان
سأل بعض ورثته أن يهب
له ميراثه حين تحضره
الوفاة فيفعل ثم لا يقضى
فيه الهالك شيئا فانه رد على
من وهبه الا أن يقول له
الميت فلان لبعض ورثته
ضعيف وقد أحببت أن
تهب له ميراثك فأعطاء إياه
فان ذلك جائز اذا سمى الميت
له قال وان وهبه له ميراثه
ثم أنفق الهالك بعضه وبقى
بعض فهو رد على الذي
وهب يرجع اليه ما بقي
بعد وفاة الذي أعطيه

تخاف من موجدته وليس التي يساه ذلك كالتى تبندنه وقال أشهب في الموازية ليس كل زوجة لها أن ترجع فرب زوجة لا تهابه ولا تخاف منه فبهذا لا ترجع وكذلك الابن الكبير وهو في عيال أبيه فلا رجوع له اذا كان ممن لا يندع وقال ابن القاسم لمثل هؤلاء أن يرجعوا اذا كانوا في عياله ووجهه أن من كان في حضنته يخاف أن يقصيه ويقطع معروفه عنه ان لم يجزله فيفعل ذلك تقصيا لمسرته واستدامة لمصالح حاله معه وهو لا يريد الا اجازه فكان له الرجوع في ذلك والله أعلم وأحكم وقال القاضي أبو محمد لا يلزم الاذن من كان في عياله ولا من له عليه دين يخاف أن يلزمه به أو يكون سلطانا يرهبه ويخوذلك

(فصل) وقوله وان سأل بعض الورثة أن يهبوا له ميراثه حين تحضره الوفاة فيفعل ثم لا يقضى فيه المالك شيئا فإنه رد على من وهبه وقدر واه عنه ابن القاسم وابن وهب في المجموعة قال عنه ابن وهب الا أن يكون سمي له من يهبه من ورثته فذلك له ومعنى ما ذكر في الموطأ أن يقول له ان فلانا لبعض ورثته ضعيف وأحب أن تهب له ميراثك فيفعل فان ذلك جائز ووجه ذلك أنه اذا استوجب ميراثه دون تسمية فاما يستأذنه في أن يصرف في وجوه يريدها الوارث أو غيره لا يبقى على ملكه بعد موته فان ذلك لا يصح فيه فاذا مات الميت ولم يحدث فيه حدثا فقد مات قبل أن ينقضا استأذنه فيه ف يرجع الى مستحقه الا أن يسمى له الموهر به فقديبن الوجه الذي سأله انفاذه فيه وقد وجد الانفاذ من الوارث الواهب ولو قال أعطني أو وصى به لفلان فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك في الموازية اذا أذن له أن يوصى به لوارث آخر فان أنفذه مضى وان لم ينفذه فهو رد

(فصل) ولو وهب له ميراثه فأنفذ المالك بعضه وبقي له بعض فهو رد على الواهب يريده أن يوصى ببعض ما وهبه اياه من ميراثه ويبقى بعضه لا يوصى فيه بشئ فان ما أبقاء دون وصية راجع الى الوارث الواهب على حكم الميراث الذي كان عليه ص قال يحيى وسعت مالكا يقول فمين أو وصى بوصية فذكر أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله تعالى لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشئ من ذلك ش وهذا على حسب ما قال ان من أو وصى بوصية يريده في مرضه فذكر في وصيته أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فان ذلك ليس لمن ذكر أنه كان أعطاه اياه ولو أقر له بما قال الورثة لانها عطية ذكر أنها كانت في الصحة فتبطل بمرض الموصى قبل القبض وانما أقر به في حال حكم العطية فيها حكم الوصية ولا تصح الوصية لو ارث فبأى الخاليتين اعتبرت اقراره بطل (مسألة) ومن أشهد في مرضه في جارية له انى كنت أعتقتها في الصحة وتزوجتها وأشهدكم أنها طالق ثلاثا فلا تعتق بذلك في ثلث ولا غيره ولا صداق لها ولا ميراث الا بأمر يثبت في الصحة من العتق ثم النكاح الا أن يقول في مرضه أمضوا عتقها

ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد

ص مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن غنشا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فانا أدلك على ابنة غيلان فانهاتقبل بأربع وتدبر بنان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم ش قوله ان غنشا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم قال

قال وسعت مالكا يقول فمين أو وصى بوصية فذكر أنه قد كان أعطى بعض ورثته شيئا لم يقبضه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك فان ذلك يرجع الى الورثة ميراثا على كتاب الله لان الميت لم يرد أن يقع شئ من ذلك في ثلثه ولا يحاص أهل الوصايا في ثلثه بشئ من ذلك

ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد * مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن غنشا كان عند أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فقال لعبد الله بن أبي أمية ورسول الله صلى الله عليه وسلم يسمع يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف غدا فانا أدلك على ابنة غيلان فانهاتقبل بأربع وتدبر بنان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم

ابن حبيب الخنث هو المؤنث من الرجال وان لم تعرف فيه الفاحشة وهو مأخوذ من ثني الشيء وتكسره والخنث المذكور في الحديث اسمه هيت وكان مولى لعبد الله بن أبي أمية أخى أم سلمة وكان يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ولا يرى ذلك لقول الله عز وجل ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو أبناء بعولتهن إلى أولى الأربعة من الرجال قال عكرمة هو الخنث الذي لا يقوم له يده العنين وقيل هو الشيخ الهرم والخنثي والمعنوي والطفل والعنين قال ابن عباس هو الأحق الذي لا حاجته في النساء وقال مجاهد وقتادة هو الذي يتبعك ليصيب من طعامك ولا يريده النساء ولا يهمنه إلا بطنه فلا يخاف منه على النساء وروى عن عائشة أنها قالت كان رجل يدخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا يعبدونه من غير أولى الأربعة فدخل النبي صلى الله عليه وسلم يوماً وهو عند بعض نسائه وهو ينعت امرأة فقال أنها إذا أقبلت أقبلت بأربع وإذا أدبرت أدبرت بثان فقال النبي صلى الله عليه وسلم ألا ترى هذا يعلم ما ههنا لا يدخلن عليكم فحجبوه وقال ابن الكلبي ان هيتا قال لعبد الله بن أبي أمية وهو عند النبي صلى الله عليه وسلم في بيت أم سلمة ان افتتحم الطائف فعليك ببائدة بنت غيلان بن سلمة الثقفي فانهما تقبل بأربع وتدبر بثمان مع نفر كالأقحوان ان فعتت نبتت وان تكلمت تغتت بين رجلها كالاناء المكفوف ورسول الله صلى الله عليه وسلم سمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد غلغت النظر إليها يعدو الله ثم أجلاه عن المدينة إلى الحى فلما فرغ الطائف تزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له بريهة ولما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وولى أبو بكر كله فيه أن يرده فأبى أن يرده فلما ولى عمر قيل انه قد ضعف وكبر واحتاج فأذن له أن يدخل كل جمعة فيسأل الناس ثم يرجع إلى مكانه

(فصل) وقوله فانهما تقبل بأربع وتدبر بثمان روى ابن حبيب عن مالك ان معنى ذلك ان أعكانها وهي ترا كيب اللحم في البطن حتى ينعطف بعضه على بعض فهي في بطنها أربع طرائق وتبلغ أطرافها إلى خاصرتيها في كل جانب أربع فهي على هذا ثمان وأراد العكن واحدها عكنة وهي مؤنثة فلذلك أتى بلفظ العدد على التأنيث

(فصل) وقوله ولا يدخلن هؤلاء عليكم معناه والله أعلم المنع من دخول من يظن لمحاسن النساء من الخنثين ومن يحسن وصفهن ويهتبل بذلك وأن المراد بقوله تعالى غير أولى الأربعة من لا يتفطن لذلك ولا يهتبل به ولا فرق عنده بين الحسناء منهن والقبيحة فهو الذي أيسح له الدخول على النساء وقال سعيد بن جبير هو الذي لا ينتشر ذكره (مسئلة) وأما ولو الأربعة فعلى ضربين ذوومحارم وأجنبيون فأما ذوومحارم فانه يجوز لهم الدخول على ذات محرمهم ويجوز لهم أن ينظروا منها إلى ما جرت العادة بكشفه كالوجه والشعر والمعصمين وقد قال مالك في الموازية لا بأس أن يرى الرجل شعرا امرأته وامرأة أبيه ولا بأس أن يقبل خذ ابنته اذا قدم من سفره ووجه ذلك كله ما قدمناه أن هذا مما جرت العادة بانكشافه منها واما أن يراها متجردة فلا يجوز ذلك وفي العتية من سماع ابن القاسم عن مالك ليستأذن الرجل على أمه وأخته ولا يجوز أن يرى أمه عريانة ووجه ذلك ان هذا مما استره غالبا كالعورة المخففة * وقال القاضي أبو اسحاق في تفسير قوله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو أبناء بعولتهن على جيوهت الآبة الظاهر انه يريده الوجه والكفين لان المرأة يجب عليها أن تستر منها في الصلاة كل موضع لا يجوز أن يراه القرباء وليس يجوز لها أن تظهر في الصلاة إلا وجهها وكفيها وفي ذلك دليل على انه لا يجوز للقرى أن يروا منها ذلك والله أعلم بما أراد

من ذلك فاقضى قول القاضي أبي اسحاق انه منعر روية ذوى المحارم لشعر المرأة وأباح له رؤية الوجه والكفين (مسئلة) وأما أم الزوجة فجويز مالك النظر الى شعرها ومنع من ذلك سعيد ابن جبير والدليل على ما نقوله انها محرمة على التأيد كالأم والأخت (مسئلة) وأما من ليس بنى محرم فلا يخلو أن يكون الوطء مباحا له أو غير مباح فان كان مباحا له وهو الزوج والسيد فانه يجوز له أن ينظر الى العورة وغيرها وتنظر هي منه الى مثل ذلك ونقل أصبغ في كتاب محمد بن لا يحل لك فرجها فلا تطلع على عورتك في حمية ولا مرض وحال ضرورة وجهه ذلك انها محرمة الوطء كالأجنبية (مسئلة) ومن لا يباح له الوطء فهو على ضربين صغير وكبير فأما الصغير فيجوز نظره لها (مسئلة) وأما الكبير فعلى ضربين خصى وفحل فأما الخصى فلا يخلو أن يكون عبدا أو حرا فان كان عبدا لها ففي العتية من رواية ابن القاسم عن مالك لا بأس أن يدخل على المرأة خصيا لان في نظره الى وجهها انه اجتمع فيه كونه ملكا لها وكونه خصيا لان فيه من معنى التأنيت فأما روية شعرها ففي كتاب ابن المواز عن مالك يرى شعر سيدته ان كان وغدا وكره ذلك لدى المنظر وقال ابن القاسم ان ما تملكه من الخصيان بخلاف من لا تملكه ولا يرى شعرها وزيتها من لا تملكه وان كان لزوجه (مسئلة) وأما الخصى العبد وزوجهما وفي العتية من رواية ابن القاسم عن مالك انه كره أن يدخل عليها اذا بلغ الحلم قال ابن القاسم لا بأس أن يرى وجهها وروى عن مالك أيضا لا بأس أن يرى شعرها ان لم يكن لها منظر (مسئلة) وأما الحر من الخصيان فكره مالك أن يدخل على النساء قال عنه ابن المواز كان وغدا أو غير وغدا (مسئلة) وأما الفحل فانه على ضربين عبد وحر فأما العبد لها فلا بأس أن يدخل على سيدته ويرى شعرها ان كان لا منظر له قال ابن المواز عن مالك وكذلك مكاتبها ومنع من ذلك ابن المسيب وقال لا تغرنكم هذه الآية أو ما ملكت أيمانكم انما أعني بها الاماء ولم يعن بها العبيد وقال طاوس ومجاهد لا يرى شعرها ومعنى أو ما ملكت أيمانكم ممن لم يبلغ الحلم * وقال القاضي أبو اسحاق في حديث رواه نهبان عن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد اليها اذا كان عند مكاتب احدا كثر وفاء بما بقي من كتابته فاضربن دونه الحجاب قال في هذا الحديث بيان ان العبد يجوز أن يرى من سيدته ما يراه ذو المحارم كالأب والأخ لانه لا يحل له أن يتزوجها وليس من ذوى المحارم الذي يجوز لها أن تسافر معه لان حرمة منها لا تدوم اذ يمكن أن تعتقه في سفرها فيحل له تزويجها والحديث الذي ذكره ليس بثابت عندى غير انه يستفاد من ذلك مذهب القاضي أبي اسحاق في المسئلة واستدل على ذلك بقوله تعالى ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات فأجر واجرى من لم يبلغ الحلم وأمره بالاستئذان في العورات الثلاث خاصة لان الناس لا يسترون فيها كالمسترون في سائر الأوقات (مسئلة) فأما عبد غيرها فلا يدخل عليها لانه ليس بمحرم عليه نكاحها كالحر الأجنبية (مسئلة) ولا يدخل على المرأة ولا ينظر اليها الغير ضرورة أجنبي وأما الضرورة فقد روى عيسى عن ابن القاسم في المرأة الكبيرة الغربية تلجأ الى الرجل يقوم بمحوائجها ويناولها الحاجة لا بأس به وليدخل معه غيره أحب الى ووجه ذلك انها حال ضرورة كحالة الشهادة عليها (مسئلة) ولا بأس أن يدخل على المرأة يريد نكاحها ينظر اليها قبل فيغتفلها من كوة ويحوها فكره ذلك ووجه اباحة الدخول عليها والنظر اليها الضرورة ومن جهة المعنى انه يحتاج الى النظر اليها ليعلم هل توافق صورته ومحاسنها وانما كره اغتفلها لانه لا ينظر منها الى عورة وانما أبيح له النظر الى وجهها لانه

جميع المحاسن والله أعلم (مسئلة) وأما الرجل يريد شراء الأمة فانه يجوز له أن ينظر إلى وجهها ويديها وهل له أن ينظر إلى بدنها روى عن علي أنه لا بأس أن ينظر إلى ساقها وعجزها وبطنها وقال لا حرمة لها روى عن ابن عمر أنه كان يضع يده بين يديها روى عن الشعبي ينظر إلى جميعها إلا الفرج وفي المدونة عن مالك ما يدل على هذا القول ص * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم بن عمر ثم انه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصم يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنارعتة اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبينها قال فما راجعه عمر الكلام قال وسمعت مالكا يقول وهذا الامر الذي أخذ به في ذلك * ش قوله أن عمر بن الخطاب تزوج امرأة من الانصار هي جميلة بنت ثابت بن أبي الأفلح أخت عاصم كان اسمها عاصية فسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم جميلة وقد قيل انها بنت عاصم بن ثابت والاول أكثر

(فصل) وقوله فولدت له عاصم بن عمر قيل انها ولدت له قبل وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بسنتين ثم ان عمر فارقها فاقضى ذلك أن يكون الصبي في حضنة أمه مالم تزوج فان تزوجت فالجدة أم الام أحق بحضنته من أبيه وتزوج جميلة بعد عمر زيد بن حارثة فولدت له عبد الرحمن

(فصل) وقوله فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصم يلعب بفناء المسجد يقضى انه كان هناك عنده أمه أو جدته ولعله كان عند جدته زائر لها أولعل أمه كانت تزوجت فانتقلت الحضنة الى الجدة أم الام وأصل هذا ان الفقهاء متفقون على ان الام أحق بحضنة الولد من أبيه وغيره ممن له حق في الحضنة مالم تزوج وقد روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة قالت يا رسول الله انه ابني كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجرى له حواء وان أباه طلقنى وأراد أن ينزع منى فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحى ومن جهة المعنى أن الام أرفق بالابن وأحسن تناولا لغسله وتظيفه والقيام بشأنه كله مع ملازمتها ذلك واشتغال الاب عنه في تصرفه فكان ذلك أرفق بالابن (مسئلة) وهل ذلك من حقوق الأم والولد فقد اختلف عن مالك في ذلك فقال الشيخ أبو القاسم هو من حقوق المرأة فان شاءت أخذته وان شاءت تركته وقال القاضي أبو محمد فاذا قلنا انه من حقوق الام فلقوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحى ومن جهة المعنى انه يلحقها الضرر بالتفرقة منها مع ما جبل عليه النساء من الشفقة من ذلك والتوجع له قال واذا قلنا انه حق للولد فلا أن الغرض حفظه ومصلحه ولذلك يؤخذ منها اذا تزوجت وان لحقها الضرر باخذه *

قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه والذي عندى أن فيه حقا لكل منهما والله أعلم وأحكم وقد روى ابن حبيب عن سمعون ان رضى الأب والأم والولد ان يكون الولد عند أبيه ولم تزوج أمه فلا بأس بذلك فاعتبر رضا الأم والولد (مسئلة) ونهاية هذه الحضنة في قول مالك البلوغ في الذكور ورأيت في بعض الكتب لابن وهب عن مالك ان حدها في الذكور الاثغار وقال الشيخ أبو القاسم في تفرقة حدها الحضنة الاحتلام وقيل حتى يشعر وأما في الإناث فلانعلم انه اختلف قوله بان لها الحضنة الى أن تنزوج ويدخل بهاز وجهها الا أن يكون موضع أبيها أصون لها وأمنع اذا ثبت ذلك فيختار لها الموضع الأصون وقال أبو حنيفة ان كان الولد أنثى فحتى يبلغ وان كان ذكر فحتى يستغنى عن محضنه ويقوم بنفسه وقال الشافعى اذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانيا خير بين أبيه فبن اختار منهما كانت

* مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال سمعت القاسم بن محمد يقول كانت عند عمر ابن الخطاب امرأة من الانصار فولدت له عاصم ابن عمر ثم انه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصم يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فنارعتة اياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال أبو بكر خل بينه وبينها قال فما راجعه عمر الكلام * قال وسمعت مالكا يقول وهذا الامر الذي أخذ به في ذلك

الحضانتة وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أنت أحق به ما لم تنسكحى وهذا الحديث ليس اسناده مما يحتج به ولا في هذا الباب شيء يعتمد عليه ووجه ذلك أن ابن سبع سنين لا يقدر على الانفرد بنفسه والام أشفق عليه وأصبر على خدمته ومراعاة حاله والاب لا يستطيع تعاهد ذلك فكانت الام أحق بذلك الى أن يبلغ وهو الحد الذي يقوى فيه ويمكنه الاستغناء عن من يخدمه (فرع) فاذا ثبت ذلك فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن الابن اذا قارب الاحتلام وأثبت واسود نباته فالاب يضمه الى نفسه وكان ابن القاسم يؤقت في ذلك الاحتلام قال الشيخ أبو اسحق حده ان يحتلم الذكركم صحيح العقل والبدن ووجه القول الاول ان الانبات هو الذي يظهر ويمكن ان تثبت الشهادة عليه وأما الاحتلام فلا يعلم ذلك الا بقول الصبي ويمكن أن يكتمه ويدعيه فكان الانبات أولى ووجه القول الثاني ان كل أمر روى فيه بناء الزوج في حق الاناث فانه يراعى فيه الاحتلام في حق الذكور كوجوب الفرائض وهذا ان كانت الام مسامة حرة فان كانت نصرانية فقد روى ابن وهب لاحق للنصرانية في الحضانة لأن المسامة لو أئني عليها نساء سوء لئزع منها فهذه أولى قال ابن المواز الحضانة لها واجبة وكذلك الحرية النصرانية * قال مالك فخير لمن الحضانة سواء كن كتابيات أو مسلمات أو مجوسيات ووجه ذلك انها أم حرة خلون من زوج للابن في حضانتها مرفق فكانت لها الحضانة كالمسامة (مسألة) واذا لم تكن في حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنه أو سقيمة أو ضعيفة أو مسنة فلا حضانة لها حرة كانت أو غيرها قاله مالك في الموازية ووجه ذلك ان الحضانة انما هي للرفق بالصغير فاذا عجزت عن القيام به عدم الرفق وكان في مقامه عندها تضييع له والله أعلم وأحكم (فرع) واذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف الى أبيه يعلمه ويأوى الى الام رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك أن الابن محتاج الى أن يعلمه أبوه ويؤدبه ويسلمه الى من يعلمه القرآن والكتابة والصنائع والتصرف وتلك معان انما تستفاد من الاب فكان الاب أولى بالابن في الاوقات التي يحتاج فيها الى التعلم وذلك لا يمنع الحضانة لأن الحضانة تختص بالمبيت ومباشرة عمل الطعام وغسل الثياب ونهضة المضجع والملبس والعون على ذلك كله والمطالعة لمن يباشره وتنظيف الجسم وغير ذلك من المعاني التي تختص بمباشرتها بالنساء ولا يستغنى الصغير عن من يتولى ذلك له فكان كل واحد من الأبوين أحق بمخالبة منافع الصبي والقيام بأمره (فرع) فان شك الأب ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب سحنون الى شجرة في الخالة تجلب لها الحضانة فيقول الاب يكون ولدى عندي لأعلمه وأطعمه فان الخالة تأكل ما أرزقهم وهي مكلمة بان الاب أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة للخالة فجعل الحضانة أن يأوى اليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليه من نفقته (فرع) واذا كانت الصبية عند جدتها لم يمنع رسول عمتها من زيارتها وعيادتها ولا يمنع عمتها أن تأتمها * قال مالك في العتبية ووجه ذلك ان العمة حق في مطالعة حالها ومعرفة مجارى أمورها وحننها وسقمها وماتباشر من عملها للرحم التي بينهما فلها من ذلك ما لا يدخل به مضرة من كثرة ملازمتها (مسألة) وهذا ما لم تزوج الام قبل ذلك فان تزوجت فالحضانة لها ما لم يدخل بها زوجها فاذا دخل بها بطلت حضانتها ووجه ذلك أن الصبي يلحقه الضرر بتكره الزوجه وضجره به والام تدعوها الضرورة الى التقصير في تعاهده طلبا لمرضاة الزوج واشتغاله به وذلك كله مضر بالصبي فبطل حقها من الحضانة (مسألة) ولو تزوجت الام فرضى الزوج أن يترك عندها الولد حولين

ثم يأخذه وأشهد بذلك فطلقت قبل ذلك فحبسته وقام الأب بالكتاب فقد قال مالك في العتبية والموازية يبقى عندها إلى أن تزوج ثانية زاد في العتبية ثم رجع فقال له أخذه ولده (فرع) فانطلقها الزوج أو مات عنها فلا يخلو أو يكون ذلك قبل أن ينتزع منها الولد أو بعد أن ينتزع منها فان كان ذلك قبل أن ينتزع منها ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم أن تزوجت الأم والأجددة فلم يأخذ منها الولد حتى فارقتها الزوج فلا ينتزع منها بخلاف أن يؤخذ منها ووجه ذلك أنه يحكم بانتزاعه منها حتى يزول السبب الموجب للزواج وعلة كالغيب يوجد بالمبيع فلا يحكم بالرد حتى يزول الغيب (مسألة) فان انتزع منها الولد قبل الفرقة بموت أو طلاق فقد قال مالك في المدونة لا يرد إليها وهو الذي ذكره الشيخ أبو القاسم وحكى القاضي أبو محمد في معونته لها أخذه لزال المانع وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه القول الأول أن الحضنة مبنية على أن أسبابها إذا زالت زال حكمها لزال سببها ولم يعد كالزكوة ابتداء ثم طلبته ووجه القول الثاني أن سبب انتقال الحضنة عن الأم دخول الزوج بها وما يحذر من استضرار الولد وتبرمه به وشغل الأم عنه وإذا زال الزوج فقد أمن هذا فادت الحضنة (مسألة) ولو كان الولد مع أبيه والأم متخية عنه فقد قال مالك في الموازية ليس لها أخذه إن مات الأب ووجه ذلك أنه بتركها قد أسقطت حقها من الحضنة والصبي قد أنس بغيرها وتسلى عنها وصلحت حاله دونها لاسيما مع ما ظهر من تركها له ورضاها بأن يلى غيرها أمره وقد قال مالك إذا ردت استنقلا له ثم طلبته لم يكن ذلك لها الآن تأتي بعنصر له وجه قال أشهب مثل أن تكون مرضت أو انقطع لبنها وهذا مبني على أن الحضنة حق للأم خاصة (مسألة) وإذا كان للصبي وليان وتزوجت الأم أحدهما ففي العتبية والموازية لا ينتزع منها إذا كان ذلك أرفق به قاله ابن القاسم وقال أصبغ إلا أن يخاف عليه عندها جفوة أو ضيعة أو تغلوه وتدهه فيكون الولي الآخر أحق به وقد قال مالك في الجدة المتزوجة لا حضنة لها الآن يكون زوجها جد الصبي قال ابن وهب لا حضنة لها وإن كان زوجها جد الصبي وجه قول مالك أن الجد ولي يستحق الحضنة فلا يمنع الحضنة وجه قول ابن وهب أن الزوج على كل حال يشغل عن الصبي وهذا عندي غير مؤثر لأن الأب يشغل الأم في بعض الأحيان ولا ينقل ذلك الحضنة عنها والله أعلم وأحكم

(فصل) إذا ثبت أن حضنة الأم تبطل بدخول زوجها بها فانها تنتقل بعدها إلى أقرب النساء بالصبي الأقرب فالأقرب وينتقل ذلك بتزوج الأم وعدم من هو أحق من الأب بالحضنة من النساء إلى الأب ولا يخلو أن يكون الولد ذكرا أو أنثى فان كان ذكرا فانه ينتقل إلى من له حق في الحضنة من أنثى أو ذكر قال ابن المواز الوصي ومولى النعمة أحق من الأم وإذا تزوجت الأم فالأولياء أحق بالصبيان والأولياء هم العصبة (مسألة) فان كننا فقد قال مالك في الموازية تلزم الجد أخذ الصبية إذا نكحت أمها وأما الوصي إذا كان ذا محرم فهو أحق من الجد والعلم وابن العم فان لم يكن ذا محرم فقد قال مالك في الموازية كونها مع زوج أمها أولى لانه ذو محرم وقال أصبغ في العتبية إذا تزوجت الأم فالوصي أحق بالصبيان غلمانا كانوا أو جوارى وإن حصن الأبكار وهو أحق من الأخ والعلم وابن العم وإن كان رضى قال مالك في الموازية إذا تزوجت الأم فالجددة أحق بحضنة الولد ووجه ذلك أنها أقرب لانها تدلى بالأومة (فرع) إذا ثبت أن الجدة للأم أحق بالحضنة بعد الأم فان كان لها منزل تنفرد به فلا خلاف في ذلك وإن كانت تسكن مع الأم المتزوجة ففي الموازية عن مالك ليس لها ذلك وقال سحنون في كتاب ابنه للجدة أن تسكن بهم مع أمهم المتزوجة في حجرة واحدة وإن أبي ذلك

الأب وجه القول الاول ان كون الولد مع أمهم المتزوجة في مكان واحد بمنزلة كونهم في حضانتها وهو مما اعتيد من الأزواج فيه الاستئصال والتسكرو والتبرم وذلك مضر بالولد ووجه القول الثاني ان الحضانة مختصة بالجدة وهي المنفردة بهم في المبيت والأكل ولا يضر الولد كونهم مع أمهم في مسكن بل ربما نالهم رفقا بهم مع استغنائهم بالجدة عنها (فرع) اذ اثبت ذلك فقد قال في الموازية ان أم الأم كالأم (مسألة) فان لم تكن جدة وزالت الحضانة عنها بنكاح فالظاهر من مذهب مالك انها تنتقل عنها الى الخالة قال محمد وروى عن مالك ان الأب أولى من الخالة قال أصبغ وليس هذا بشئ وهو قول مالك المعروف ان الخالة أحق وجه القول الاول ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بالحضانة في ابنة حنزة بن عبد المطلب لخالتها وهي زوج جعفر بن أبي طالب رضي الله عنهم وقال الخالة أم ومن جهة المعنى أن الخالة مع لطف محلها وقربها من الصبي وما عهد من حنوها أقدر على مباشرة حضانتها وتناول أمره من الأب لتعذر هذه المعاني على الرجال في الغالب (فرع) وخالة الأم كالخالة قاله مالك في الموازية وقال في المدونة ان الخالة أحق من الجدة للاب ووجه ذلك ان جنبه الأم مغلبة في الحضانة على جنبه الأب كما غلبت الأم على الأب ومنها تستفاد الحضانة فلا تنتقل الى جنبه الأب حتى يعدم مستحقها من جهة الأم فقد قال ابن حبيب ليس لبنات الخالة من الحضانة شئ وقال أشهب في كتاب ابن سحنون وعماته أولى من بنات خالاته بالحضانة فأوهم ان لبنات الخالة حقا من الحضانة وقدم العمتا عليهن فعلى هذا التأويل انما قدمت عليها العمة لكونها أقرب منها وانما تؤثر جنبه الأم مع التساوي في القعد والاول أظهر وعليه اطرد قول ابن حبيب (فرع) والجدة للاب أحق من الأب قاله في المدونة وفيها الأب أولى بالحضانة من الأخت والعمة فقدم الأب على نساء جنبه الالجدة خاصة (مسألة) فاذا عدم الجدات فقد قال أصبغ والخارث تنتقل الحضانة الى الاب وفي المدونة الجدة والخالة أولى من الأب والأب أولى من الأخت والعمة وقال محمد والنساء من قرابة الاب أولى أخت الصبي ثم عمته ثم بنت الأخ قال وهذا مطروح في كتاب محمد وقال ابن حبيب الجدة للاب ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة أخى الصبي ثم الأب وقال القاضي أبو محمد واختلاف اذا انتقلت الحضانة من جهة الأم أيهما أولى الاب أو قرابته فاذا قلنا ان الأب أولى فلان به يدلون والأصل أولى واذا قلنا قرابته أولى فلانهم أرفق والأب لا يمكنه تناول ذلك بنفسه ووجه ذلك عندى ان أصل الحضانة للنساء لانهم يباشرون ذلك ولذلك قدمت الأم على الأب فلا تنتقل عنهن الا بعدد جميعهن والله أعلم وقد قال مالك في الموازية وأم أبي الأب كأم الأب وظاهر لفظ القاضي أبي محمد يقتضى ان على أحد القولين يقدم الأب على جميع النساء المدلين به والقول الآخر وهو قول ابن حبيب عن أصبغ يقدم جميعهن عليه ولم يختلف المذهب في أن العمة وبنت الأخ ومن كان مثلها مقدم على من له حق في الحضانة غير الأب ولذلك قدمت الأم على الأب فلا ينتقل عنهن الا بعدد جميعهن (فرع) فاذا قلنا يقدم الأب عليهن فعلى الأب فالحضانة بعده للأخت ثم العمة قال ابن حبيب عن أصبغ ثم ابنة أخى الصبي وليس لبنات الخالة ولا لبنات العمة ولا لبنات الأخت من الحضانة شئ وقد تقدم قول أشهب في ذلك (مسألة) فاذا عدم النساء والأب في كتاب محمد والاخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم قال محمد والوصى وولى النعمة أولى من الأم اذا تزوجت وقال مالك في المدونة مولى النعمة من الأولياء ومولى العتاقة وابن العم من الأولياء وكذلك العصبية وانما يستحقون ذلك الأقرب فالأقرب ووجه ذلك ان من قد منادى كره قرابة وتعصيب .

(فصل) وهذا اذا كانت الحاضنة مع الاب في بلد واحد وفيما حكمه حكم البلد الواحد وأما مع اختلاف المواضع فالأب ومن له حق من العصبية أولى بذلك وفي هذا بابان * الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين * والباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق

(الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين)

فاذا أراد الأب أن يرتحل الى بلد غير بلد سكنى الأم يريد السكنى فله أن يرتحل بولده معه تزوجت الأم أو لم تزوج وان كان انما هو مسافر يجيء ويذهب فليس له أن يخرجهم عن الأم قاله مالك في المدونة وقال في الموازية ان كان الولد يرضع ذكرًا كان أو أنثى وكذلك لو كان الولد كبيرًا مادام يقيم قال وكذلك لو تزوج فولده ففارق الزوجة ثم أراد أن ينتقل به الى حيث شاء ما لم يكن موضعها قريبًا بحيث لا ينقطع عنه خبرهم ووجه ذلك أن كونه مع أبيه أحوط له وأثبت لنسبه (مسئلة) والوصى في ذلك بمنزلة الأب قال أصبغ عن ابن القاسم في العتبية اذا انتقل فهو أحق بالصبيان غلمانًا كانوا أو حواري وليس لأخوتهم ولا لأعمامهم وجدودهم منعه ووجه ذلك انه الناظر لهم دونهم ودون الحاضنة وما لهم عنده فكان كالأب (مسئلة) والأولياء بمنزلة الأب في انتقالهم معه عن مكان الأم تزوجت الأم أو لم تزوج قاله مالك ووجه ذلك أنهم عصبية كالأب (مسئلة) وان أرادت الأم الانتقال عن الموضع الذي فيه أبوهم أو أولياؤهم لم يكن لها ذلك لان مفارقة الطفل عصبته في الدار كانتقال العصبية

(الباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق وكم قدر المسافة التي لا تأثير لها

وتمييزها من المسافة المؤثرة)

* قال مالك في المدونة ليس للام أن ترتحل بهم الاب يريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم وقان ابن القاسم في كتاب محمد ليس لها أن ترتحل بهم الا مثل المرحلة أو المرحلتين وقاله مالك وقال ابن القاسم في العتبية والموازية فيمن توفي عن بنت سنين ثمان سنين وأرادت أمها أن ترتحل بها الى خولتها على مسيرة مرحلتين وأبي ذلك أعمامها أن ذلك لهم دونها وقال محمد أقرب مال الأب أن يرتحل فيه بالولد ستة برد ولم يرأسهب أن تنتقل به الأم الا الى ثلاثة برد وجه القول الأول ان البريد ونحوه لا يشق على الأب مطالعة ابنه فيه غالبًا وما زاد على ذلك فانه يشق تكرره لمطالعة فلم يكن للام احداث هذه المضرة ووجه قول ابن المواز ان مادون ستة برد ليس له حكم السفر وانما له حكم الحضر كالبريد (مسئلة) وهذا اذا كان الأب حرافان كان عبدا لم يكن له أن ينظعن به سواء كانت أمه حرة أو أمة قاله مالك في المدونة وقال في غير المدونة الا أن يكون للعبد ولي فتظعن الام بهم حيث شاءت ووجه ذلك أنه لا يمكن المقام عليه والاستيطان معه وقد يخرج سيدة الى بلد بعيد ويتكرر ذلك من جهته فينفرد الولد ولا تحصل له مراعاة والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الاب حرافا والام أمة فعتق الولد فان الحضانة للام الا أن يباع أو ينكح أو ينظعن الاب قاله مالك ووجهه انه يلزم السيد اباحة مراعاة ولده لانه كان عبده فاذا أعتقه لم يكن له أن يسقط عن نفسه نفقته وسائر حقوقه ولا يفرق بينه وبينها لحق الرق فان كان لحق الزوجية بعد انقضاء أمد الرق فان النكاح يبطلها وكذلك اذا بيعت فانه لا يلزم المشتري أن يؤويه معها والله أعلم (مسئلة) وهذا حكم النكاح فأما أم الولد الموطوءة بملك اليمين فهل لها حضانة اذا أعتقت روى ابن المواز عن ابن وهب لاحضانة لها وانما ذلك في الحرية يطلقها الزوج وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك والموازية وأم الولد أحق بالحضانة

﴿ العيب في السلعة وضمانها ﴾ قال يحيى سمعت مالكا (١٩٠) يقول في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو

كالخرة وقول ابن وهب عندى مبنى على أن الرق يمنع ولاية الحضانة ولذلك ليس للعبد حضانة ابنة في الظعن فاذا كان مع الرق يمنع ذلك فعلى الظعن أولى (مسألة) فان عتقت أم الولد على ان تركت حضانة ولدها فقد روى عيسى عن ابن القاسم انه يرد اليها بخلاف الحرية تصالح الزوج على تسليم الولد اليه لانه يلزمه وروى عنه أبو يزيد ان الشرط لازم كالخرة

(فصل) وقوله فأخذ بعضه فوضعه بين يديه على الدابة يحتمل أن يكون أراد حمله على وجه الزيرة وذلك لا يمنع منه لقرب الموضوع على وجه المعروف ويحتمل أن يعتقده أنه ضيع تضييعا يخاف أن يضربه ويرى أن ذلك يبيع له أخذه ويجعله أحق بحضانتها ويحتمل أن تكون أمه قد كانت تروجت فصار الصبي الى جده ولم يعلم عمر أن الجدة تبني حضانتها أولعله اعتقد أنه أحق بالحضانة من الجدة فأدركته جدة الغلام وهى السمراء بنت أبي عامر ونازعته اياه فقدر روى سفيان عن عاصم بن عبيد الله بن عاصم عن أبيه عن جده أن جدته خاصمت فيه جده وهو ابن ثمان سنين وفي هذا نظر لانه قد تقدم أنه ولد قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين فلا يتصور أن يكمل في خلافة أبي بكر ثمان سنين

(فصل) وقوله وأتيا أبا بكر يريد لانه كان الامام الذى يحكم بين الناس فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فأظهر كل واحد منهما حاجته وسببه الذى يرى انه يقتضى له أخذه فقال أبو بكر الصديق خل بينها وبينه يريد أنها لما استوعبت حجبها ورأى أن المرأة أحق به قضى على عمر أن يخل بينها وبينه وتذهب به وتأخذ بحقها من حضانتها والله أعلم

(فصل) وقوله فأراجعه عمر الكلام يريد أنه سلم حكمه والتزم ما يلتزم من طاعته والرضا بما قضى به وان كان يرى هو غيره ولذلك قال مالك وهذا الأمر الذى أخذ به في ذلك يريد ما أورده من حكم أبي بكر رضى الله عنه في هذه القضية والله أعلم

﴿ العيب في السلعة وضمانها ﴾

معنى هذه الترجمة والله أعلم أن العيب يحدث بالسلعة بعد ابتياع المبتاع لها يباعا فاسدا يجب رده فان ضمان ذلك العيب وما يحدث فيها من نقص وهلاك من المشتري الذى قبضها وكذلك ما يحدث فيها من زيادة ونماء فان ذلك كله للمشتري ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول في الرجل يبتاع السلعة من الحيوان أو الثياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذى قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم ردد ذلك اليه وذلك أنه ذ « نهان يوم قبضها لما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة مرغوب فيها ثم يرد في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمانها ذلك ثم يرد في زمانها دنانير فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدنانير أو يمكها وانما ثمنها دنانير ثم يرد في زمانها دنانير فليس على الذى قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه قال ومما يبين ذلك ان السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يظن في شأنه وأما أن يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

التياب أو العروض فيوجد ذلك البيع غير جائز فيرد ويؤمر الذى قبض السلعة أن يرد الى صاحبه سلعته ﴿ قال مالك فليس لصاحب السلعة الا قيمتها يوم قبضت منه وليس يوم ردد ذلك اليه وذلك انه ضمنها من يوم قبضها لما كان فيها من نقصان بعد ذلك كان عليه فبذلك كان نماؤها وزيادتها له وان الرجل يقبض السلعة في زمان هي فيه نافقة مرغوب فيها ثم يرد في زمان هي فيه ساقطة لا يريدها أحد فيقبض الرجل السلعة من الرجل فيبيعها بعشرة دنانير ويمسكها وثمانها ذلك ثم يرد في زمانها دنانير فليس له أن يذهب من مال الرجل بتسعة دنانير ويقبضها منه الرجل فيبيعها بدنانير أو يمكها وانما ثمنها دنانير ثم يرد في زمانها دنانير فليس على الذى قبضها أن يغرم لصاحبها من ماله تسعة دنانير انما عليه قيمة ما قبض يوم قبضه قال ومما يبين ذلك ان السارق اذا سرق السلعة فانما ينظر الى ثمنها يوم يسرقها فان كان يظن في شأنه وأما أن يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

فيه القطع كان ذلك عليه وان اسأخر قطعه اما في سجن يحبس فيه حتى ينظر في شأنه وأما أن يهرب السارق ثم يؤخذ بعد ذلك فليس

استنحار قطعه بالذي يضع عنه حدا قد وجب عليه يوم سرق وان رخصت تلك السلعة بعد ذلك ولا بالذي يوجب عليه قطعا لم يكن وجب عليه يوم أخذها ان غلت تلك السلعة بعد ذلك \times ش وهذا على ما قال ان من ابتاع شيئا من الحيوان أو العروض ابتاعا غير جائز يريد فاسدا فيرد لأجل فساده فان المبتاع يرد على البائع وهذا يقتضي رد البيع الفاسد ولا خلاف في ذلك والأصل فيه ما روى القاسم بن محمد عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد (مسئلة) اذ اثبت ذلك فان المبيع كله على ضربين ضرب له مثل كالمكيل والموزون والمعدود وضرب لا مثل له كالحيوان والثياب والعروض وأما ما له مثل فان هدره بان يرد المبتاع الى البائع ما أخذ منه ان كان باقيا فان عدت تلك العين فتلها ووجه ذلك انه لا يفوت بفوات عينه لان وجود مثلها يقوم مقام وجودها ولا تفوت بتغيرها سواءها لان تغير عينها لا يفوت ردها فبان لا يفوت بتغير قيمتها مع سلامة العين من ذلك أولى وأخرى (مسئلة) وأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب وصبر الطعام والأرضين والأشجار فلا يخلو ان يكون مما ينقل ويحول كالحيوان والثياب أو مما لا ينقل ولا يحول كاللدور والأشجار والأرضين فاما ما ينقل ويحول فاذا فاق عند المبتاع كانت عليه قيمته يوم قبضه وفواته يكون بالزيادة في عينه أو النقصان منها أو بتغير سوقه على وجه تصحيح البيع الفاسد وبهذا قال مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة والشافعي رد ما كانت عينه موجودة فان فاتت رد قيمتها على معنى تصحيح البيع الفاسد والدليل على ما نقوله ان هذا عقد بيع يقتضي أن لا يرجع المبتاع بما أنفق على المبيع ولا يرد الغلة فوجب أن يكون له نمائوه وعليه نقصه كالبيع الصحيح

(فصل) وقوله فليس لصاحب السلعة الا قيمة سلعته يوم قبضت منه وليس يوم يرد ذلك اليه يريد انه لما قبضها على الضمان كان له نمائوها وعليه نقصها وذلك يشتمل على تغيير البدن والقيمة وقال الشافعي يلزمه قيمتها يوم التلف واحتج مالك على ذلك بانه ضمنها يوم قبضها وذلك يصحح من قوله انه لا خلاف انها لو تلفت عينها لكان على المشتري ضمانها قال مالك فلذلك كان على المبتاع نمائوها وزادتها لان من ضمن الجمله ضمن الابعاض ومن ضمن الجمله والابضاض كان له النماء بال ضمان

(فصل) وقوله فقد يقبض السلعة في زمان نفاقها وقيمتها عشرة ثم يرد في زمان كسادها وقيمتها دينار فذهب من مال البائع تسعة دنائير أو يقبضها في زمان الكساد وقيمتها دينار ويردها في زمان نفاق وقيمتها عشرة فليس على المبتاع أن يذهب من مال البائع بتسعة دنائير يريد ان تغير القيمة كتغير البدن فكما ليس له أن يأخذها سلمية قيمتها عشرة ثم يرد ما عيبه فكذلك ليس عليه أن يأخذها ناقصة في بدنها وقيمتها دينار ويردها بعد تمامها ونماؤها وقيمتها عشرة وكذلك الزيادة والنقصان في القيمة

(فصل) وقوله وانما عليه قيمتها ما قبض يوم قبضه يريد ان من ذلك الوقت دخلت في ضمانه بعقد تراضيه فله ما زاد وعليه ما نقص وأما يوم الرد فلا يعتبر بقيمته في ضمان القيمة لانه لا تأثير لردّها في الضمان وانما يؤثر فيه القبض وهو سببه فكان الاعتبار به

(فصل) وقوله ومما يبين ذلك أن السارق يسرق السلعة فانما ينظر الى قيمتها في وجوب القطع يوم قبضها بالسرقة دون يوم القطع يريد ان القبض بالبيع الفاسد قبض يعتبر فيه القيمة فكان الاعتبار في ذلك بقيمته يوم القبض دون يوم الحكم كقيمة ما سرق وتأثيره في وجوب القطع لانه لو سرق ما

استنحار قطعه بالذي يضع
عنه حدا قد وجب عليه
يوم سرق وان رخصت
تلك السلعة بعد ذلك ولا
بالذي يوجب عليه قطعا لم
يكن وجب عليه يوم أخذها
ان غلت تلك السلعة بعد
ذلك

قيته أقل من النصاب ثم زاد عنده على قيمة النصاب لم يجز به القطع ولو سرق ما قيمته النصاب ثم نقص عن ذلك لم يسقط عنه القطع وكذلك ان أخبأ بالبيع الفاسد ما قيمته عشرة دنانير ثم نقصت قيمته عن ذلك لم يسقط عنه غرم عشرة دنانير ولو قبض ما قيمته دينار ثم بلغت قيمته عشرة دنانير لم يجب عليه غرم ما زاد على الدينار لزيادة قيمة المقبوض بعد القبض (مسئلة) وهذا فيما ينقل ويحول فاما ما لا ينقل ولا يحول كالذور والأرضين والأشجار فعند ابن القاسم لا تفوت بحواله الأسواق وتغير القيمة (مسئلة) ويفوت البيع الفاسد بالبيع الصحيح فمن اشترى سلعة شراء فاسدا ثم باعها بيعا صحيحا لم يرد بيعه وصحح البيع الأول

جامع القضاء وكراهيته

ص * مالك عن يحيى بن سعيدان أبا الدرداء كتب الى سلمان الفارسي ان هلم الى الأرض المقدسة فكتب اليه سلمان ان الأرض لا تقدر احد وانما يقدر الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبا تداوى فان كنت تبرئ فنعماك وان كنت متطببا فاحذر ان تقتل انسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبر عنه نظر اليهما وقال ارجعا الى أعيداعا على قصتكما متطببا والله * ش قول أبي الدرداء هلم الى الأرض المقدسة يريد المظهرة والمقدس في كلام العرب المظهر وانما أراد موضعاً من الشام يسمى المقدس ومن سمي مسجداً يليه البيت المقدس يريد المظهر ومعناه انه مظهر مما كان في غيره من المواضع من الكفر وكان ذلك في وقت من الأوقات فلزمه الاسم والوصف بذلك ويحتمل أن يكون معنى تقديسها تطهيرها ان فيها يطهر من الذنوب والخطايا فيكون معنى المقدس المقدس أهلها ويدل على صحة هذا التأويل قول سلمان ان الأرض لا تقدر احد ولا تطهر من ذنوبه وانما يقدره عمله فيكون على هذا التأويل انما وصف أهل بيت المقدس بذلك في وقت عملوا فيه بطاعة الله تعالى وكان كثير منهم أنبياء وسائرهم أتباع الانبياء ولعله كان ذلك في وقت أمر وبلازمته كما أمر المسلمون بالهجرة الى المدينة فكان سكانها في ذلك الوقت تقدس أهلها وتطهرهم من الذنوب

(فصل) وقوله وبلغني انك جعلت طبيبا يريد انه يستفتي في الدين فيفتي ويعمل بقوله كما يعمل بقول الطبيب في أمر الدواء فان كنت تبرئ فنعماك يريد بالبراءة اصابة الحق ودفع الباطل لان الباطل وما يصاد به الشرع هو الداء الذي يسأل عنه المستفتي لازالته والبراءة منه بالحق الذي أمر الله به فان كان المفتي يبرئ قوله من ذلك ويزيل الباطل ويثبت الحق فنعماه أي انه نعم العمل عمله ذلك ونعم ماله فيه من الأجر الجزيل

(فصل) وقوله وان كنت متطببا يريد متخرصا فيفتيهم به غير عالم بوجه صوابه وتخاف الخطأ ومخالفة الحق فاحذر ان تقتل انسانا فتدخل النار يريد أن يحكم بغير الحق فيزيل الباطل بك ويزيد الى حد لا يمكن استرجاعه فيكون ذلك بمنزلة قتل الطبيب لمن رام برأه فعاناه بما يضره حتى قتله وفات تلافى أمره ويحتمل أن يريد به حقيقة بأن يفتي على انسان بقتل وهو لا يجب عليه فيدخل النار بذلك وهذا فيمن يتسور في الفتوى بغير علم فيخطئ فيما يفتي به وأما من كان من أهل العلم فاختار أجرو أن لا يأثم بذلك وقدر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا اجتهد الحاكم فخطأ فله أجر وان أصاب فله أجران وروى عنه انه قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل الحديث

جامع القضاء وكراهيته

* مالك عن يحيى بن سعيد أن أبا الدرداء كتب الى سلمان الفارسي أن هلم الى الأرض المقدسة فكتب اليه سلمان ان الأرض لا تقدر احد وانما يقدر الانسان عمله وقد بلغني انك جعلت طبيبا تداوى فان كنت تبرئ فنعماك وان كنت متطببا فاحذر ان تقتل انسانا فتدخل النار فكان أبو الدرداء اذا قضى بين اثنين ثم أدبر عنه نظر اليهما وقال ارجعا الى أعيداعا على قصتكما متطببا والله

الآن العالم قديماً ثم في الخطأ إذا لم يجتهد ويحذر الواقعة النار باغفال الاجتهاد والتقصير فيه لكن ظاهراً الحديث إنما يقتضي الاخبار عن فتوى الجاهل ولذلك أخبر بهذا عن المتطبب وهو المتصور المتخصص ولذلك كان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين استرجعهما وأعاد النظر في أمرهما بالغة في الاجتهاد ثم يقول متطبب والله يصف نفسه بذلك على معنى الشفاق والخوف ممن لم يبلغ درجة الاجتهاد ما يرضيه والله أعلم وأحكم ص **قال سمعت مالكا يقول من استعان عبداً بغير إذن سيده في شيء له بال ومثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبدان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الأمر عندنا** **ش** وهذا على حسب ما قال ان من استعان عبداً بغير إذن سيده فيما مثله اجارة في المعتاد والأغلب من أحوال الناس فهو ضامن لما أصاب العبد من هلاك أو نقص في بدن وهذا المشهور من مذهب مالك وقدرى ابن وهب ليس في العبيد يستأجرون ضماناً ما أصابهم وان قال ساداتهم لم تأمرهم بالاجارة الا أن يستعملوا في أمر مخوف كالبر الجملة والهدم تحت جدار فيضمن ان لم يكن باذن السيد وجه قول ابن القاسم ان المستأجر له متعدد أو في حكم المتعدى ان لم يثبت اذن السيد فوجب أن يكون ضامناً كما لو تعدى على دابته فركبها بغير اذنه ووجه قول مالك ان العبد يتصرف ويعقد ولا يعرف حجر سيده عليه وهل هو بمالك فلا يضمن باستعماله في الأمور المعتادة وإنما يضمن في الأمور الخطرة التي فيها الهلاك غالباً قال سحنون في كتاب ابن عبدوس الا أن يكون السيد قد حجر عليه أن يؤاجر نفسه وأبان ذلك بالشهاد فظاهر قول أصحابنا المخالف رواية ابن وهب يقتضي تضمين المستعمل لعدم الاذن ويحتمل أن تكون رواية ابن وهب مبنية على ما قدمناه من ان الأصل جواز تصرفه حتى يعلم الحجر عليه ويحتمل أن يكون سقط الضمان في رواية ابن وهب لانه استأجره ولم يستعنه بغير أجره لان الذي يقتضي حمله على الاذن من سيده في العمل إنما هو في عمل بعوض وأما العمل بغير عوض فلا يحمل عليه الابينة فمن استعمله بعوض لم يوجد منه تعدي يضمن به وإنما يكون التعدي من استعماله بغير أجر والله أعلم (مسئلة) وان أذن له السيد في عمل معين فاستؤجر في غيره فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في العبد الخياط والنجار يستأجره رجل في غير عمله يحمل له شيئاً أو ينقل له لبناً وغير ذلك فهلك العبد فلا ضمان عليه وقد يرسل اليه سيده لينبئ فيتعذر عليه البناء فيؤاجر نفسه في غير ذلك فلا ضمان عليه الا أن يدخله في عمل له خطر قال ابن القاسم أو يرسله في سفر (مسئلة) ولو استعمله بغير أجر فيما أذن له فيه من البناء والأسفار فقد قال محمد يضمن ان هلك ولو استأجره لم يضمن ووجه ذلك انه استعمله على وجه التعدي لانه إنما أذن له في العمل باجره فمن استعمله بغير أجر فقد تعدى عليه كالغاصب (مسئلة) فان أذن له السيد في العمل على الاطلاق فاستعمله المستأجر فان الاعمال على ثلاثة اضراب أحدها أن يستعمله في مخوف أو سفر فانه يضمن ما أصابه قال مالك في المدونة قال لانه لم يؤذن له في الفرر وإنما أذن له في العمل المأمون يريد المعتاد ولو أذن له فيه بعينه لم يضمن والضرب الثاني أن يستعمله في عمل معتاد له اجارة فهذا في ضمان العبد في الخلاف المتقدم مع عدم الاذن والضرب الثالث أن يستعمله في عمل معتاد لا أجر له كمناولته القدح والنعل فلا ضمان فيه قاله ربيعة وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب ولا أجره فيه مع السلامة ولا ضمان فيه مع التلف (فرع) وما وجب فيه الضمان فان السيد يخير بين أن يضمنه قيمة العبد أو قيمة عمله قاله ابن القاسم ووجهه انه قد تعدى على الرقبة واستوفى العمل وضمانهما متنافيان فكان له أن يطلب أيهما شاء (مسئلة) وأما

* قال قال سمعت مالكا يقول من استعان عبداً بغير إذن سيده في شيء له بال ومثله اجارة فهو ضامن لما أصاب العبد ان أصيب العبد بشئ وان سلم العبد فطلب سيده اجارته لما عمل فذلك لسيده وهو الأمر عندنا

الصبي الصغير فقد قال ابن القاسم لا يجوز استجاره وقال مطرف وابن الماجشون لا بأس أن يستأجر الغلام لم يبلغ والجارية لم تحض أنفسهما إذا عقلا ومعنى قول ابن القاسم عندى إذا لم يكونا معرضين لذلك وأما إذا كانا معرضين لذلك ومأورين به فقول مطرف وابن الماجشون حسن لأن الأكثر من الإيتام كان يمنع من الأولى له وأولى ويتصرف تصرفاً لا يمكن وليه أن يبأثر استجاره فيه لتكرره (فرع) فإن كان الوجه الذى يجوز فقد قال مطرف وابن الماجشون يدفع أجارتها اليهما ويرأ بذلك الدافع ما لم يكن شئ له بال وكذلك لو عقد ذلك عليهما أخ أو عم فهو بمنزلة عقدهما ويرأ دفع اليهما وله المسمى إلا أن تكون فيه عصابة فيتم أجارتها وإذا كان على الوجه الذى لا يجوز فعمل قله الأكثر من المسمى وأجارة مشله فإن هلك قال ابن القاسم عليه الأكثر مسمى أو قيمة عمله وعلى عاقلة دينه ولذلك لم يكن فيه تغيير لأن الدية على غير المستأجر ص قال وسمعت مالك يقول فى العبد يكون بعضه حراً وبعضه مسترقاً أنه يوقف ماله بيده وليس له أن يحدث فيه شيئاً ولكنه يأكل فيه ويكتسب بالمعروف فإذا هلك ماله الذى بقي له فيه الرق ش وهذا على حسب ما قال ابن العبد قد يكون بعضه حراً وذلك يكون على وجوه منها أن يعتق المعسر حظه منه فلا يقوم عليه حفظ شريكه لعسره ومنها أن يوصى بعقده ولا يترك ما لا غيره فيعتق ثلثه وغير ذلك من الوجوه فإن هذا يوقف ماله بيده مما كان له قبل عتقه وما اكتسبه بعده ولأنه أن يفوت شيئاً منه بغير عوض إلا برضا السيد إلا فى كسوته ونفقته من كتاب ابن المواز وابن سحنون عن أبيه

قال وسمعت مالك يقول فى العبد يكون بعضه حراً وبعضه مسترقاً أنه يوقف ماله بيده وليس له أن يحدث فيه شيئاً ولكنه يأكل فيه ويكتسب بالمعروف فإذا هلك ماله الذى بقي له فيه الرق

(فصل) وقوله ليس له أن يحدث فيه شيئاً يريد ليس لمن له بعضه أن يزيله من يده وللعبد أن يفوته وله أن يتصرف فيه ويخيه فى التجارة المأمونة فى أيامه التى له رواء ابن نافع عن مالك فى العتية ووجه ذلك أن صرفه فى تلك الأيام له وله أن يخيه ماله لحقه فيه وليس للسيد أن يزيله من يده ويعمل فى يومه ماشاً يطحن ويحمل قاله مالك (مسئلة) وليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئاً وإن احتاج إليه رواء ابن القاسم عن مالك فى العتية ووجه ذلك أنه مال للجزء الحر الذى فيه حق فليس لأحد أن يفوته عليه ولأنه لما لم ينته نفقته من أجل الحرية أثرت فى المال والمنع منه بمنزلة مال المكتتب وبمنزلة المال المشترك

(فصل) وقوله ولكنه يأكل منه ويكتسب بالمعروف ظاهر اللفظ يقتضى أنه ينفق منه على جلته دون حصة الحرية وذلك أن المال مشترك ولذلك منع منه لحق سيده فلم يكن له أن ينفق منه دون سيده وقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتية ليس للسيد أن يأخذ من ماله شيئاً وإن احتاج إليه وإن مرض العبد فعلى السيد أن ينفق عليه بقدر ماله فيه فظاهر هذا أنه ينفق على نفسه فى سائر الأيام مما يكتسب فإن احتاج إلى أن ينفق منه لمرض فعلى السيد أن ينفق على حصته وينفق العبد من ماله على حصته الحرة لأن المال إنما يكتسبه ويخيه فى زمن يعمل فيه بجزء الحرية والله أعلم ولعله أراد أن العبد المريض الذى ينفق السيد على حصته منه لم يكن له مال فلذلك لم السيد أن ينفق على حصته منه (مسئلة) وهذا إذا كان مقبلاً معه فأما إن أراد السفر به إلى حاجته فأجبر العبد على الخروج معه فقد قال ابن حبيب وابن المواز عن مالك على السيد كراؤه ونفقته زاد ابن حبيب وأجارتها فى أيامه حتى يبلغ أو يستقر قراره ويمكنه العمل والكسب والأفانفقة على السيد حتى يقدم به ووجه ذلك أن سفر السيد بطل عليه عمله فى أيامه فكان عليه جبر ما أتلفه عليه بسفره وكانت تلك الأيام كلها فى خدمة السيد فكان عليه حق مال العبد منها (مسئلة) وليس للعبد أن يسافر

الاباذن السيد قاله ابن المواز وابن سحنون عن أبيه ووجه ذلك انه ليس له الذهاب لحق السيد فيه وحكم الرق أغلب (مسألة) ولو أراد السيد أن يسافر به في الموازية له ذلك في الأمر القريب وأما ما بعد فقال مالك فيها وفي العتية من سباع ابن القاسم عنه يكتب له القاضي كتابا أن خاف أن يباع أو يظلم وقال في كتاب ابن المواز وهذا إذا كان السيد مأمونا قال عنه أشهب وكان العبد غير مستعرب وروى ابن كنانة عن مالك في الواخعة لا يكون له ذلك حتى يكون السيد مأمونا والعبد مستعربا وروى عنه ابن القاسم إذا كان العبد مستعربا فذلك له وإن كان السيد غير مأمون كتب له القاضي كتابا فيما بعد وبه أخذ ابن القاسم قال أشهب قد ينبغي أن ليس ذلك للأمون ولا لغيره قال عنه ابن حبيب وإن كان العبد مستعربا وقال عنه ابن المواز وابن حبيب لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك فلا يسافر به إلا برضاه ووجه قول مالك ما قاله في العتية سحنون عن ابن القاسم إن الحرية تبس للرق في هذا كما تبس في الحدود والشهادة وغيرهما ووجه مراعاة أمان السيد أنه المال له والذي يخاف من جهته ووجه مراعاة استعراب العبد أنه إذا كان مستعربا لم يتم عليه ذلك إلا بما يتم على سائر الأحرار لأنه يبين عن نفسه ويقوم بحجته فإذا كان أعجميا وغدا جرى من ذلك عليه ما لا يعرفه ولا يفهمه حتى يقع فيه ثم لا يمكنه أن يعرب عن نفسه (مسألة) وهذا في سفر التجول فأما سفر التنقل من بلد إلى بلد فإن كان ينتقل إلى خاضرة قضى على العبد بذلك وإن كره وإن أراد الانتقال إلى قرية ليس للعبد فيها عمل ولا مكسب فهو مثل السفر ولها عندى وجه على قول من لا يغلب الرق على الحرية وذلك أن السيد له غاية يرجع منها ويعتد مدة للسفر على السيد وأما الانتقال فإن كان بموضع له فيه مكسب ونصرف فلا مضرة عليه في ذلك وإن كان بموضع لا مكسب للعبد فيه فذلك مبطل لحظ الحرية وأما على قول من يغلب الرق فلا يراعى ذلك والله أعلم وأحكم (مسألة) إذا ثبت ذلك فإن للسيد من خدمة العبد بقدر ماله فيه والعبد بقدر ما فيه من الحرية واقتسام ذلك بينهما على حسب ما يراه الناظر من الرق وإزالة الضرر يوما بيوم أو جمعة بجمعة أو شهر بشهر جائز ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون والشهران كثير قال مالك في العتية والموازية وقد قيل له لعتق ثلثه حظ في كل يوم أو جمعة فقال لا ولكن من كل شهر ثلثه أو كل ثلاثة أشهر شهر قال مطرف وابن الماجشون في اقتسام العبد الذي له والأمة للخدمة أو الغزل يكون يوما بيوم وأما العبد النليل التاجر أو ذو الصنعة أو الأمة شأنها الرق وشبهه من العمل المرتفع فلا تقسم الخدمة فيها يوما بيوم لمافيه من الضرر ولكن شهر بشهر وجمعة بجمعة وأما عبد الخراج فلا خير في قسمته نراجه مشاهرة ولا بأس أن يقتسمه يوما بيوم إذا خطر له وقاله مالك وقال ابن المواز لا يجوز في يوم بيوم ولا غيره وجه القول الأول أن المقصود من عبد الخراج مبلغ الخراج وذلك يختلف بطول المدة ويقرب في قصرها ووجه المنع من ذلك أنه يؤدي إلى التفاضل في العين وسواء ما يؤدي من الخراج مع ما يعلم من اختلاف قيمة كرائته في الأيام لنشاط وكسل وضعف وقوة ومريض وصحة ونفاق وكساد والله أعلم (مسألة) وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخدمة قال ابن المواز يستهمان ووجه ذلك أن لكل واحد منهما ما حقا فإن اتفقا على أمر يترضا به وبالاستهما لأن الاستهما طريق إلى تعيين حق أحد الشرعيين عندئذ ذلك كالقسمة (مسألة) فإن شغل العبد في خصومة أو مرض أو أبق لم يحسب بذلك عليه وليأتنا القسمة قاله أشهب عن مالك في العتية (مسألة) ومن بدأ منهما ثم مرض في أيام الآخر في العتية والواخعة عن مالك وأصحابه لا يرجع أحدهما على الآخر قال أشهب

كما لو استهما قال والا باق كالمرض في ذلك

(فصل) وقوله فان هلك ثاله للذي فيه الرق وبه قال أبو حنيفة والزهري وقال الشافعي في أحد قوله ماله بين المعتق لنصفه وبين المستفسك برفه ان لم يكن له ولد فان كان له ولد فبإثائه للتمسك بالرق ولولده وبه قال عطاء وطاوس والدليل على ما نقوله انه موروث بالرق فلم يورث بالنسب ولا بالولاء كالمسترق جميعه ص **✳** قال وسمعت مالك يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك **✳** ش وهذا على ما قال ان من كان ينفق على ولده الصغير حتى صار له مال بمرث كان أو غيره أو كان يأخذه عطاء في كل عام ثم يمادى الأب في الانفاق عليه فان له ذلك سواء كان مال الابن عينا أو عرضا قاله مالك هكذا على الاطلاق **✳** قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعناه عندي أن يقول الأب انما أنفقت عليه من مالى لأرجع عليه فله الرجوع عليه بما أنفق عليه من يوم أفاد المال دون ما أنفق عليه قبل ذلك فان فضل للاب شيء عن مال الولد لم يرجع عليه بشئ **✳** ووجه ذلك انه قد ينفق عليه من ماله الذي يتصرف بين يديه لمشقة وصوله الى مال ابنه وهو مخزن عنده فيشقى عليه تناوله في كل وقت فيرى الانفاق من ماله ليرجع به عليه العبد أيسر عليه وأرق به (فرع) وصفة الرجوع عليه أن يرجع عليه بما أنفق عليه في سائر السنين بقدر غلا كل سنة ورخصا قاله في العتية من سماع ابن القاسم وغيره ووجه ذلك عندي أن ينفق عليه دراهم أو دنانير يشتري بها ما احتاج اليه من طعام مكيل أو موزون أو ثياب أو غير ذلك ولو كان عنده طعام فأنفق عليه منه رجوع عليه بمثل كيله والله أعلم (مسئلة) فان مات الولد عن أم أو جدة فان للاب أن يرجع بما أنفق عليه في مال الولد وان أبتة الورثة معه قال مالك في الموازية وهل عليه يمين أم لا قال مالك ان كان مقل فلا يمين عليه وان كان غنيا فاليمين عليه انه أنفق ليرجع به وروى سحنون عن مالك انه لا يمين ثم رجوع فقال بحلف وجهه في اليمين انها يمين تهمة وظن دون دعوى ولا تحقيق وقد اختلف قول مالك وأصحابه فيه مثل ما تقدم ذكره وبالله التوفيق وهذا اذا لم يكن الأب أشهد بذلك وأما لو أشهد به لسكان له الرجوع بما أنفق على كل حال وبالله التوفيق (مسئلة) فان مات الأب فأراد الورثة أخذ النفقة من مال الابن قال مالك في الموازية والعتية ان كان مال الابن عينا وهو عند الأب يمكنه الانفاق منه فلم يفعل لم ترجع الورثة فيه بشئ وان كان كتبه الأب عليه الا أن يوصى بذلك لان من عادة الآباء أن يرفقوا الأبناء بالانفاق عليهم وان كان لهم مال وان كان مال الولد عرضا أو حيوانا فالورثة محاسبون له بذلك اذا كتبه وقال ابن القاسم في العتية هذا أحسن ما سمعت قال ابن المواز ووجدت لمالك يحاسبونه اذا كان المال عرضا ولم يقل كتبه أو لم يكتبه ومعنى ذلك أن يكتب ما أنفق عليه ليرجع به فهذا لم يختلف قول مالك في انه يرجع به وأما اذا أهمل ذلك ولم يكتبه فهذا الذي اختلف فيه قول مالك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو قال الأب في مرضه لا تحاسبوه وماله عرض فقد روى عيسى عن ابن القاسم ذلك جاز نافذ وليس بوصية لو ارث لانه شيء فعله في صحته وقال أشهب أرى أن يحاسب في العين وان أوصى الأب أن لا يحاسب ولا يصدق في قوله كنت أنفق عليه من مالى ومعنى ذلك انه غير معين والله أعلم ص **✳** مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الزواجل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

✳ قال وسمعت مالك يقول الأمر عندنا أن الوالد يحاسب ولده بما أنفق عليه من يوم يكون للولد مال ناضا كان أو عرضا ان أراد الوالد ذلك **✳** وحديثي مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دلاف المزني أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشترى الزواجل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فافلس فرفع أمره الى عمر بن الخطاب فقال أما بعد أيها الناس فان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا

وانه قد اذان معرضا فأصبح قدرين به فخن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم واياكم والدين فان أوله هم وآخره حرب **ش** قوله أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج يريدانه كان يقصد ذلك ويجهد نفسه فيه ويشترى له الرواحل السابقة فيز يدفي ثمنها مالا ان قيمتها أعلى من قيمة غيرها أولانه كان يز يد على قيمتها لان من كانت عنده كان لا يسمح بها الا بأكثر من قيمتها الضنات بها لاسيما من يشتريها بالدين ثم كان يسرع السير عليها ليسبق جميع الحاج فكان يتعبها ويجهدا حتى انه ربما أعجزها وأهلكها فتاف بذلك ماله وقام عليه غراموه وضاق ماله عن أداء ما عليه من الدين وهو معنى فلسه وقد تقدم الكلام فيه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه أيها الناس ألا وان الاسيفع اسيفع جهينة قيل ان ذلك الرجل كان اسمه الاسيفع وقال ابن مزين عن ابن وهب وابن نافع هو لقب لزمه وقال ابن مزين عن ابن وهب هو تصغير اسيفع وهو الضارب الى السواد وقال انه وصفه بذلك اللونه قال العتيبي الاسيفع الذي أصاب خده لون مخالف لسائر لونه من سواد وقوله رضي من دينه وأمانته بان يقال سبق الحاج يريد والله أعلم انه رضي بذلك عوضا مما أتلفه من دينه وأمانته باتلاف أموال الناس فيما لم تكن له ثمرة الا قول الناس انه سبق الحاج

(فصل) وقوله اذان معرضا يقال اذان الرجل فهو مدان اذا اشترى بالدين يقال تدان وتدان واذان واستدان واذان أعطى بالدين قيل اذان وأما المعرض فقال أبو زيد هو الذي يعترض الناس فيشتري ممن أمكنه سمي المعرض ههنا بمعنى المعترض يعني انه اعترض لكل من يقرضه قال ومن جعله بمعنى المتكهن على ما فسره أبو زيد فهو بعيد لان معرضا منصوب على الحال فاذا فسره بمن يمكنه فالمعترض هو الذي يعرض لانه هو المتكهن وقال أبو عبيد وروى معرض بالرفع وقال ابن شميل فاذا ان معرضا معناه يعرض اذا قيل له لا تستدن وروى أبو حاتم عن الأصمعي انه قال معناه انه أخذ الدين ولم يبال أن لا يؤديه وقال العتيبي لا يجوز اذان معرضا الآن يكون أراد استدان معرضا عن الأداء وهو قول أبي حاتم وقال ابن وهب معنى اذان معرضا أي اغترق الدين ماله فاعرض بأموال الناس مستهلكا لها متناولها رواه ابن مزين عنه وعن ابن نافع

(فصل) وقوله فأصبح قدرين به قال أبو عبيد المهر وى معناه قد أحاط الدين بماله وقال شعمر بن به وورين عليه وريم عليه واحد معناه مات وقال أبو زيد رين بالرجل اذا أوقع في أمر لا يستطيع الخروج منه قال ابن مزين وقال ابن نافع وابن وهب قد شربه قال يحيى وقال غيره قد أحيط به وقال في قوله تعالى بل ران على قلوبهم يقول طبع على قلوبهم وأحاط بها سوء أعمالم وقال العتابي الاعراب رين به انقطع به وقال السلمي رين به تحير وقال سابق البربري

وترك الهوى للرء فاعلم سعادة * وطاعته رين على القلب ران

وهذه المعاني متقاربة والله أعلم

(فصل) وقوله فخن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم يريدانه قد ضاق ماله عن ديونه فحجر عليه عمر التصرف فيه وجعله ليوزعه على غرامائه بقدر حصصهم ما لهم عنده والله أعلم

(فصل) وقوله واياكم والدين على معنى النهي عنه والتحذير من سوء عاقبته في الدين والدنيا وقوله فان أوله هم وآخره حرب بتحريك الراء الحرب السلب ورجل محروب بمعنى مسلوب يريدان أول أمر من عليه الدين الهمة بأدائه مع ضيق يده عنه والخافة لسوء عاقبته وآخر أمره أن يسلب ماله وما يرضى

وانه قد اذان معرضا
فأصبح قدرين به فخن
كان له عليه دين فليأتنا
بالغداة نقسم ماله بينهم
واياكم والدين فان أوله
هم وآخره حرب

به من عقار وحيوان وغير ذلك ويشفق من بعده فيباع عليه ويقضى منه غرامه

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد أو جرحوا ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول السنة عندنا في جناية العبيد ان كل ما أصاب العبد من جرح جرح به انسانا أو شئ اختلسه أو حرسه احترسها أو عمر معلق جذه أو أفسده أو سرقه سرقها لا قطع عليه فيها ان ذلك في رقبة العبد لا يعدو ذلك ارقبة قل ذلك أو كثر فان شاء سيده أن يعطى قيمة ما أخذ غلامه أو أفسد أو عقل ما جرح أعطاه وأمسك غلامه وان شاء أن يسلمه أسلمه ليس عليه شئ غير ذلك فسيده في ذلك بالخيار ﴿ ش وهذا على حسب ما قال ان ما أصاب العبد على هذه الوجوه التي ذكرناها زاد ابن القاسم وابن وهب عن مالك في المجموعة أو غضب امرأة فوطئها فلزمه ما نقص في الأمة وفي الحرية صداق مثلها فان ذلك كله في رقبة لا يعدوها ومعنى تعلق ذلك برقبته ان رقبته تسلم في هذه الجنايات الآن بشاء سيده أن يقتله منها بارش الجناية قلت الجناية أو كثر وهذا كله لانه تعدى فيما لم يؤتمن عليه ولم يسلم اليه وأما ما تؤتمن عليه أو أسلم اليه فقدر روى ابن حبيب عن ابن الماجشون كل عدوى كان من العبد فيما تؤتمن عليه من ودعة أو بضاعة أو استؤجر على عمل أو عارية أو كراء أو ما صار بيده بأذن أهله فيبيع ذلك أو يأكله ان كان طعاما فذلك في ذمته الا في وجه واحد ان يتعمد فساد ذلك الشئ بقطع الثوب وعقر البعير وشبهه فذلك في رقبته وقاله أصبغ وقال ولم يكن ابن القاسم يميز بين ذلك فوجه قول ابن الماجشون انه أتلفه لمنفعة نفسه فذلك تعلق بذمته وأما عقر البعير وقطع الثوب فانه قصد اتلافه لغير منفعة له في ذلك فتعلق ذلك برقبته ووجه قول ابن القاسم انه قصد اتلاف ما يؤتمن عليه فتعلق بذمته دون رقبته كالأكل (مسئلة) ومن استأجر عبد اليوصل له بعير الى منهل فحضره وقال خفت عليه الموت روى ابن القاسم عن مالك انه قال ومن يعلم مثل هذا أراه في رقبته وقال مثل ذلك اذا أجره على أن يعلف البعير فيبيعه أو ينحره فيأكل لحمه وهو بمنزلة مالو أجره على رعاية غنم فذبحها أو حارسة حائط فيجده أو على أن يحمل له شئ الى بيته فيسرق من البيت ثوبا ولم أره كالصانع يقول ذهب المتاع (مسئلة) واذا قال العبد لرجل سيدي يسلك ألف دينار سلفا فدفعتها اليه بيينة فأتلفها قال ابن القاسم في الموازية في رقبته ان لم يكن للعبد مال قال أصبغ لافرق بين الخديعة والخيانة وذلك في رقبته وروى سحنون عن أشهب في العتبية هذه خلاصة ذلك في رقبته ان ادعى أنه أتلفه أو دفعه الى سيده قال ابن المواز في قول ابن القاسم ليس هذا بشئ وقوله الآخر انها في ذمته وجه القول الاول ان يده في قبضها يد سيده ولم تسلم الى العبد ليكون هو المؤتمن عليها ووجه القول الثاني انها سالت اليه باختيار مالكا فلم تتعلق جنايته عليها بذمته كالأكل أو دفعها

﴿ ما يجوز من النحل ﴾

ص ﴿ مالكا عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ولدا صغيرا لم يبلغ أن يحوز نحلها فأعلن ذلك له وأشهد عليها فهي جائزة وان وليها أبوه ﴿ قال مالك الأمر عندنا أن من نحل ابنا صغيرا له ذهابا أو ورثا فمهلك وهو يليه أنه لا شئ للابن من ذلك الا أن يكون الأب عز لها بعينها أو دفعها الى رجل وضعها لابنه عند ذلك الرجل فان فعل ذلك فهو جائز للابن ﴿ ش قوله من نحل ابنه الصغير وأشهد على ذلك وأعلن به حتى يعلم أن نظره فيه انما هو لابنه فالعطية جائزة وان وليها الأب فهو جائز للابن

﴿ ماجاء فيما أفسد العبيد

أو جرحوا ﴾

﴿ قال يحيى سمعت مالكا

يقول السنة عندنا في

جناية العبيد ان كل ما

أصاب العبد من جرح

جرح به انسانا أو شئ

اختلسه أو حرسه احترسها

أو عمر معلق جذه أو أفسده

أو سرقه سرقها لا قطع

عليه فيها ان ذلك في رقبة

العبد لا يعدو ذلك الرقبة

قل ذلك أو كثر فان شاء

سيده أن يعطى قيمة ما

أخذ غلامه أو أفسد أو عقل

ما جرح أعطاه وأمسك

غلامه وان شاء أن يسلمه

أسلمه وليس عليه شئ غير

ذلك فسيده في ذلك بالخيار

﴿ ما يجوز من النحل

﴿ مالكا عن ابن شهاب

عن سعيد بن المسيب

أن عثمان بن عفان قال من

نحل ولدا صغيرا لم يبلغ

أن يحوز نحلها فأعلن ذلك

له وأشهد عليها فهي جائزة

وان وليها أبوه ﴿ قال مالك

الأمر عندنا ان من نحل

ابنا صغيرا له ذهابا أو ورثا

فمهلك وهو يليه انه لا شئ

للابن من ذلك الا أن يكون

الأب عز لها بعينها أو دفعها

الى رجل وضعها لابنه عند

ذلك الرجل فان فعل ذلك

فهو جائز للابن

لانه هو الحائز لابنه الصغير من نفسه ومن غيره وذلك أن الموهوب على ضربين عين وغير عين فأما غير العين فما كان يحاز ولا ينتفع الأب به حال الحياة وبعد موته كالجنة يستقلها أو الربيع يكرمه أو السلعة يمسكها له أو يبيعها فإنه يصح حيازة الأب أياها لابنه وما كان الأب ينتفع به كالدار يسكنها أو الثوب يلبسه فلا تصح حيازة الأب له مع استدامة ذلك لأن انتفاعه به كسكنى الدار ولبس الثوب ينافي حيازة الابن (مسئلة) وهذا فمبين وهب معيناً فما إذا وهب جزءاً مشاعاً فاختلف قول مالك في جواز حيازة الأب لابنه فروى عن مالك أنه جائز وقال ابن الماجشون ثم رجع مالك وقال لا يجوز ذلك إلا في العين وبه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وجه القول الأول أن ما وصفت هبته وصحت حيازته كالعين ووجه القول الثاني أن رهن المشاع لا يجوز لأن الحيازة لا تصح فيها مع بقاء سائر مبدء المهرتهن فكذلك في الهبة (مسئلة) وأما العين فاختلف في صحة احتياز الأب أياه وقد تقدم ذكر ذلك وهذا حكم الأب في الاحتياز وأما الأم فاختلف أصحاب مالك فيها فالذي قاله ابن القاسم ومالك أنها لا يجوز لابنها الصغير ما وهبته إلا أن تكون وصية وقال ابن وهب يجوز للأم والأجداد والجدة إذا كان صغيراً في حجرهم وإن لم يكونوا أوصياء وجه القول الأول أن من لا يجوز له نكاح اليتيم ولا مبارأة عنه والتصرف في ماله فإنه لا يجوز أن يعوز ما وهبه له كالأخ ووجه القول الثاني أن كل من له ولادة عليه وحضانة فإنه يجوز ما وهبه له كالأب

(فصل) وقول عثمان رضي الله عنه من نحل ابنه صغيراً وحاز له وأشهد به أنه حائز للابن ولم يذكر في جميع ما ينحل يحتمل أن يريد به كل نحل من عرض أو عين قد ختم عليه الأب وأشهد فيجوز ذلك على رواية عن مالك ويحتمل أن يريد به العرض خاصة فيجوز على القولين ويحتمل من جهة اللفظ أن يريد العرض والعين محتوماً أو غير محتوم فلا يجوز في غير المحتوم في قول مالك (فصل) وقول مالك أن من نحل ابنه الصغير ذهباً أو ورقاً أنه لا شيء للابن من ذلك إلا أن يكون عزها بعينها أو دفعها إلى رجل فيجوز فاما وضعها عند غيره فلا خلاف في المنهوب في جواز ذلك وأما عزها فهو أن يجعلها في شيء ويختم عليها ويشهد على ذلك وقد تقدم ذكر ذلك والخلاف فيه بما يغني عن إعادته ههنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

﴿ ما تقع فيه الشفعة ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الشفعة)

﴿ ما تقع فيه الشفعة ﴾

﴿ حدثنا يحيى عن مالك ﴾

عن ابن شهاب عن سعيد

ابن المسيب وعن أبي سلمة

ابن عبد الرحمن بن عوف

أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قضى بالشفعة فيما لم

يقسم بين الشركاء فإذا

وقعت الحدود بينهم فلا شفعة

فيه ﴿ قال مالك وعلى ذلك

السنة التي لا اختلاف

فيها عندنا ﴾ قال مالك أنه

بلغه أن سعيد بن المسيب

سئل عن الشفعة هل فيها

من سنة فقال نعم الشفعة

في الدور والأرضين ولا

تكون إلا بين الشركاء

﴿ وحدثني مالك أنه بلغه

عن سليمان بن يسار مثل

ذلك

أصل الشفعة أن الرجل كان إذا باع في الجاهلية منزلاً أو حائطاً أو أمانة الجار أو الشريك فيشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى ممن بعده سببه فسميت شفعة وطالبها شفعياً ﴿ قال مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه ﴾ قال مالك وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ﴿ قال مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة فقال نعم الشفعة في الدور والأرضين ولا تكون إلا بين الشركاء ﴾ قال مالك أنه بلغه عن سليمان بن يسار مثل ذلك ﴿ ثم قوله قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم يقتضي تعليق الشفعة به قبل القسمة والنظر أنه من جنس ما يقسم وأما ما لا يصح فيه القسمة فإنه لا يقال فيه ما لم يقسم كما

لا يقال في الانسان يثبت فيه حكم كذا ما لم يقسم لان ذلك يقتضي ان له حالة يقسم فيها * وما ينقسم على ضربين ضرب يقسم بالحدود كالارضين وما فيها من المباني والأشجار وضرب ينقسم بغير حدود كالسكيل والموزون والمعدود وبعض المذروع فقوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة يقتضي اختصاص تعلق هذا الحكم بما يضرب فيه الحدود دون غيره مما لا تضرب فيه الحدود وينظر فيما ينقل ويحول مما لا ينقسم بضرب الحدود فان وجدنا عليه ثبوت الشفعة فيه ألحقناه بما فيه الشفعة وان وجدناه محتصا بما تضرب فيه الحدود قصرنا الشفعة عليه ووجدنا ما ثبتت الشفعة في جنسه يبطل حكم الشفعة فيه بالقسمة فثبت أن لكون المبيع مما تصح فيه القسمة بالحدود تأثيرا في اثبات الشفعة لانه قد وصف بذلك ما ثبتت فيه الشفعة والظاهر أن الحكم اذا علق على صفة فان تلك الصفة علة لذلك الحكم أو وصف من أوصاف علة ذلك الحكم وثبت بقوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ان القسمة تأثيرا في ابطالها وثبت أن الشفعة انما تثبت لازالة ضرر ولا تصح أن تكون لازالة ضرر القسمة على الإطلاق فان ضرر الشراكة أثبت فيما لا يقسم كالعبد الواحد والثوب الواحد ولا شفعة فيه ولا يجوز أن يكون ضرر القسمة على الإطلاق لان في القسمة مالا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل والمعدود فلم يبق ما يمكن أن يشار اليه الا بالضرر اللاحق بنوع من القسمة وهو ما يلحق بقسمة الأرضين من الأجر والمؤن التي تختص بقسمة الدور والارضين فانه يقسمها غالباً يقوم يختصون بعلم ذلك ويتمون لهم فيها مؤنة وأجرة غالباً وساثر الأشياء قسمتها لا تختص بقسام معين ولا يتمون فيها مؤنة ولا أجرة فثبت بذلك أن الشفعة مقصورة على ما يقسم بالحدود وهي الأصول الثابتة * قال مالك في الموازية وغيرها انما الشفعة في الارضين وما يتصل بهما من ثمرة أو بناء فأما الارض فالشفعة فيها عندنا ثابتة وكذلك الشجر والبناء الا أنه على ضربين أحدهما أن يكون مقصود المنفعة والثاني أن يكون مر فالحال الذي تصح قسمته دون تعيين فأما الضرب الاول فانه على قسمين أحدهما ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة التي يصيب بها كل واحد من المتقاسمين بالقسمة منها ما يقع عليه اسم حقل ودار والثاني لا ينقسم الا بان يتغير اسمه وصفته كالحمام الذي ان قسم لم يكن حظ كل واحد من المتقاسمين حاما فأما القسم الاول فعلى نوعين أحدهما ماضية في قسمته والثاني تلحق المضرة في قسمته فأما ما لا تلحق المضرة في قسمته فلا خلاف في المنهبة في ثبوت الشفعة فيه وهو أن يجتمع فيه هذه الصفات الثلاث أن يكون مقصود المنفعة لنفسها كالحقل الذي منفعته بالمزراعة مقصودة والدار التي منفعتها بالسكنى مقصودة والشجر التي منفعتها بالثمرة مقصودة والثانية أن ينقسم دون تغيير والثالثة أن ينقسم دون مضرة (مسئلة) فأما ما كانت منفعته غير مقصودة لنفسها كالطريق التي انما تتخذ للانتفاع بمره أو ساحة الدار التي انما تتخذ ليرتفع بها في سكنى البيوت فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما ما لا ينقسم مع بقاء منفعته كالحمام فقد اختلف قول مالك فيه فقال ابن المواز لم يختلف مالك وأصحابه ان الشفعة في الحمام وقال ابن الماجشون في غير الموازية وأبي مالك الشفعة في الحمام من قبل انه لا يقسم الا بتعويله عن أن يكون حاما وبه قال ابن القاسم فثبت أن هذا القسم يختلف فيه وجه القول الأول ان هذا ملك من الأصول الثابتة مشترك بين ملاك كامل الملك فثبتت فيه الشفعة أصل ذلك ما لا يتغير بالقسمة ووجه القول الثاني ما احتج به له فوق هذا ومعناه ان ما لا يثبت فيه حكم القسمة فانه لا يثبت فيه حكم الشفعة كالعبد والذابة وأما ما لا ينقسم الا بضرر فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى (مسئلة) وأما

الراحا في الموازية والعقبة قال ابن القاسم لاشفعة في راحا الماء وراحا الدواب وان يبيع مع البيت فالشفعة في البيت دون الرحا وهذا الحكم انما يتعلق بالأحجار والآلات لانها ليست بقاعة ولا بناء وانما هي آلات موضوعة غير متصلة بالأرض اتصال البناء وقد اختلف أصحابنا فيما بيني منها في الدور وهل يتبع الدار بمجرد العقد وعلى حسب ذلك تخرج مذاهبتهم في ثبوت الشفعة فيها وأما راحا الماء والدواب فليست بمبنية في الأرض وانما هي موضوعة فلا شفعة فيها على قول ابن القاسم وقال أشهب وعبد الملك في المجموعة والموازية ان نصبوها في أرضهم ففيها الشفعة وان نصبوها في غير أرضهم فلا شفعة فيها باع أحدهم حصه من الرحا أو حصته منها ومن البيت وقال أشهب في غير هذا الموضع انما الرحا التي لاشفعة فيها التي تجعل وسط الماء على غير أرض وأما ما ردم لها موضع في الماء فان اتصل بالأرض فله حكم الأرض فان لم يتصل بها فلا شفعة فأثبت فيها أشهب الشفعة اذا كان موضعها ثبت فيه الشفعة على سبيل التبع للوضع ومنع الشفعة كالبلد والعين فعلى هذا انما الخلاف في ثبوت الشفعة في أحجار الرحا دون موضعها فأما مواضعها فجري فيها من اعتبار الصفات ما تقدم (مسئلة) وأما الاندر فروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب ان نفقة الاندر ان كانت بينهما ففيها الشفعة كسائر البقاع وكمرصة الدار المهدومة وقاله أشهب وقال سحنون في العقبة لاشفعة فيه كالأفنية فقهاه سحنون الى أنه ليست بمنفعة مقصودة في نفسها وانما هو ما يرتفق به للزرع الذي منفعة من غير الاندر كالأفنية وانما هو لحظ الموردة والتوسع فيها للسكنى وذهب ابن وهب الى أن منفعة مختصة به ومفردة كالمساكن

(فصل) وأما الثمرة فمن مالك فيها وإيتان روى عنه ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة فيها قال أشهب وذلك أنها تنقسم بالحدود كما تنقسم الأرض يريد والله أعلم اذا قسمت في النخل قبل الجد لاختلاف أغراض أهلها قال أشهب عن مالك في المجموعة وذلك الما زایل الأصل وروى ابن المواز عن ابن الماجشون لاشفعة في النخار وحكاها القاضي أبو محمد عن مالك وجه القول الاول انها تتبع للأرض بمجرد العقد فثبت فيها الشفعة كالشجر وجه القول الثاني انها بمن ينقل ويحول فاذا ظهرت لم تتبع الأصل بمجرد العقد كالتياب (فرع) واذا قلنا بالشفعة فيها فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة الشفعة فيها الما زایل الأصل وقال ابن القاسم في المدونة الشفعة فيها الما تبيس ونجد وجه قول مالك انها ما دامت في النخل متصلة بالأصل فان حكمها حكمه في الشفعة كالرطب والجريد وجه قول ابن القاسم انها اذا بيعت لم تتم بالأصل فلم يثبت فيها حكم الشفعة كالمحدودة وهذا اذا أفردت بالبيع الثمرة فان بيعت مع الأصل فقد حكي القاضي أبو محمد ان الشفيع يأخذ مع الثمرة قائمة كانت أو محدودة وللشترى ماسق وأنفق وهذه المسئلة وان كان أبو محمد أو ردها بحجة فقد اختلف أصحابنا فيما أشار اليه منها وذلك أن النخل اذا بيعت فلا يخلو أن يكون فيها ثمر أو لا يكون فيها فان لم يكن فيها ثمر وجاء الشفيع قبل أن يكون فيها ثمر أو قبل أن تكون الثمرة مأبورة فان الشفيع الثمرة مع الأصل ولا خلاف في ذلك وان جاء وقد أبرت الثمرة أو أزهت فله أن يأخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم قال ابن المواز عن أشهب ان شراها مأبورة أو غير مأبورة ثم ابرها المتباع فان الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة لان الشفعة يبيع وما بور الثمرة للبائع وقال ابن القاسم في المدونة انه قول بعض المدنيين وجه قول ابن القاسم ان الثمرة لم تغرق الأصل حكاه باليس ولا فعلا بالجد فكانت تبعا للأصل فيما يستحق بمعنى ماض كالاستحقاق وأيضا فان الثمرة فيها الشفعة ما دامت في حال

النماء فثبت فيها حكم الشفعة تبعاً وأصلاً ووجه قول أشهب ما احتج به والله أعلم وأحكم (فرع) فإذا قلنا إنها تتبع للأصل في الشفعة فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية يأخذ الأصل والثمرة بالثمن وعليه غرم ما أنفق المشتري وسقى وعالج وقال أشهب فيها يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف ولو قال قائل له فقيمة ما أنفق لم أر به بأساً وقال عبد الملك في الكتابين وقال سحنون ليس على الشفيع شيء الا الثمن لان المنفق أنفق على مال نفسه فلا يرجع الا بماله عين قائمة وجه قول ابن القاسم انه لما كان للشفيع الفسلة كان له ما يختص به من النفقة ووجه قول أشهب ان الثمرة لما لم يتناولها الثمن ولزم امضاؤها للشفيع كان عوضها بقيمتها لان النفقة عليها قد تكون أمثال قيمة الثمرة وقد تقل فكانت القيمة أعديل ووجه قول عبد الملك ما احتج به وبما ذاباً أخذ الشفيع قال ابن القاسم اذا فاقته بالجد أو اليبس فان الشفيع يأخذ الأصل بجميع الثمن ولا يوضع عنه شيء للثمرة ولا حصه للثمرة من الثمن يوم وقعت الصفقة (مسألة) ولو كانت الثمرة مأبورة يوم الشراء فقد قال ابن القاسم ان الثمرة للشفيع ما لم تبيس فان يبيست أو جدت فلا شفعة فيها ويقسم الثمن على الأصل والثمرة فما كان للأصل فهو يأخذه الشفيع الأصل وما كان للثمرة فهو على المشتري بالثمرة

(فصل) وان اشتراها من هبة فقد قال أشهب للشفيع أخذ الأصول دون الثمرة وهذا القول مبني على ان الثمرة لا منفعة فيها وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا فيها الشفعة لان الثمرة لو انفردت لثبتت فيها الشفعة فكذلك اذا انضفت في البيع الى ما لا يثبت فيه الشفعة ويجبىء قول أشهب على رواية نفي الشفعة في الثمرة والله أعلم وأحكم (فرع) وحتى متى يتبع الأصل قال ابن المواز قال ابن القاسم عن مالك الثمرة للشفيع ما لم تبيس أو تجدد فان جدت وهي صغيرة أو كبيرة حط عن الشفيع حصتها من الثمن وقال مرة يأخذها بالشفعة فان جدت أو يبيست فله مثلها ان عرف كيلها وان لم يعرف كيلها وكان جذها صغيرة لم تطب فلا يأخذ فيها ثمنها والثمر عليها وعلى الأصول اذا كانت يوم الشراء من هبة أو مأبورة واشترطها المبتاع ورأه أيضاً عن مالك وبه قال أشهب واختاره ابن المواز وقد تقدم توجيه ذلك (فرع) فان قلنا انها قد فاقته بالجد أو اليبس وهي للمشتري فان ابن القاسم روى عن مالك انه يحط عن الشفيع حصتها من الثمن وقد قال ابن الماجشون في الثمرة المأبورة اذا لم يقم الشفيع حتى زالبت الأرض فلا تحسب وكذلك يقول انها تتبع من النخل بالطعام الى أجل اذا لحصه لها من الثمن وقال ابن عبدوس بل لها حصه من الثمن ولكنها تتبع وقد اختلف فيها قول سحنون (مسألة) وهذا اذا كان الأصل بينهما فان لم يكن الأصل لها فقد قال أشهب في الموازية الشفعة في الثمرة وان لم يكن الأصل لها وقاله مالك في المدونة في قوم بينهم ثمرة كان الأصل لهم أو مساقاة في أيديهم أو حبس عليهم وبه قال ابن القاسم وفي الموازية أيضاً اذا قسمت الأرض دون الثمرة قال محمد الشفعة فيها اذا كان الأصل بينهما وقال القاضي أبو محمد ان الرأيتين في ثبوتها ونفيها في الثمرة اذا كان الأصل في أيديهم ملك أو حبس أو مساقاة أو مبتدأ الشراء وجه القول الاول ان الثمرة انما يجب فيها الشفعة على وجه التبع للأصل فاذا زالبت الأصل فلا شفعة فيها فاذا زالبت في الملك أو كانت مقسومة فبان لا يجب فيها الشفعة أولى ألا ترى أن العين والبئر لما وجبت فيها الشفعة على وجه التبع للأرض اذا قسمت الأرض أو زالبت في الملك فلا شفعة فيه وجه القول الثاني ان الشفعة تجب في الثمرة وهي مما يقسم بالحدود مادامت في الأصل فوجب أن يكون الاعتبار بهادون الاعتبار بأصلها كالأرضين والاشجار وبذلك خالفت العين فاتها لا تنقسم (مسألة) فاذا قلنا

بثبوت الشفعة في عمرة الفضل فقد روى ابن القاسم عن مالك في الموازية الشفعة في العنب قال ابن القاسم والمقاتي عندي فيها الشفعة لأنها عمرة ولا شفعة في البقول ووجه ذلك أن ما كان له أصل ثابت تجبى ثمرة مع بقائه ففيه الشفعة كالشجر وما لم يكن على ذلك وانما هو نبت لا تجبى ثمرة مع بقائه فلا شفعة فيه لأنه ليس بأصل ثابت أصل ذلك ما ينقل ويحول وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتية وغيرها لا شفعة في الزرع لأنه لا يحمل بيعه حتى يبيع

(فصل) ومن اشترى أرضا فزرعها فان جاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فيها أخذهما فزرعها وقد قال ابن القاسم في المدونة لاشئ للشفيع من الزرع ولا كراء له في الأرض وإن كان في أبان الزراعة ولم يفرق بين أن يكون الزرع نبتا ولا أخذ الأرض دون الزرع فان أخذ الأرض بزرعها لأنه لم ينبت فله أخذها بالثمن وبقية الزرع على الرجاء والخوف ولو قال قائل يأخذها بالثمن بما أنفق لم أعبه بل هو أقبس واستحسن الأول قال محمد بن يعقوب يأخذها بالثمن وبقية ما أنفق من البذر والعلاج والله أعلم وأحكم وقال ابن القاسم يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة كمن اشترى نخلا لم يثمر فأخذه الشفيع بعد الابار (مسألة) ومن اشترى أرضا فزرعها فجاء الشفيع قبل ان ينبت الزرع فعلى مذهب ابن القاسم لا شفعة في الزرع جله وعلى مذهب أشهب الشفعة في الأرض والزرع فاذا قلنا بقول ابن القاسم فيصتلم وجهين أحدهما أنه يأخذ بالشفعة الأرض وإن لم ينبت الزرع وذلك إذا أجرى الأخذ بالشفعة مجرى الاستحقاق والوجه الثاني ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى ينبت الزرع وذلك إذا أجرى الأخذ بالشفعة مجرى ذلك البيع (مسألة) فاذا جاء الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم وقال أشهب في الموازية للشفيع إذا قام والزرع أخضر أن يأخذ بالشفعة الأرض والزرع بل ليس له الا ذلك وقال أيضا في موضع آخر له الشفعة في الأرض دون الزرع وقال ابن عبدوس أنكر سحنون قول أشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم لا شفعة في الزرع ووجه القول الأول أنها عمرة متغذية بالأصل كالثمرة التي لم تبيع ووجه القول الثاني أنها ليس لها أصل ثابت ولا هو من آلات الأصل فلم تثبت الشفعة فيه كالثياب (مسألة) وأما ما يكون للحائط من البئر والعين فان الشفعة ثابتة فيه لأنه أصل ثابت ومنفعة مقصودة على الأرض فكان لها حكمها في الشفعة إذا كان يباع (مسألة) وأما ما يباع من الأرض من آله الحائط فذكر ابن عبدوس عن سحنون أن فيه الشفعة لأن فيه صلاح الحائط وعمارة كالبر والعين (مسألة) ولو بنى جماعة في أرض عارية فباع أحدهم حصته من النقص قال ابن المواز عن ابن القاسم رب الدار مبدأ فان شاء أخذ بالقل من قيمة ذلك منقوضا أو الثمن فان أبي فلشريكه أخذ ذلك بالثمن قال أشهب لا شفعة في ذلك لاشترائه اذ لا ملك لهم في العرصه وهو يبيع فاسد باع جميعهم أو أحدهم لأن رب الأرض له أن يأخذ ذلك ويؤدى قيمته أو يأمره بقلعه فلا يدرى المبتاع ما اشترى ورواه عن مالك وقال محمد بن الصواب وقد قال سحنون في الحبس يبنى فيه جماعة فأتى أحدهم فأراد ورثته يبيع نصيبه من ذلك البناء استحسن أن يكون لأخوته الشفعة (مسألة) وأما الشفعة في الكراء قال ابن حبيب اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء فأخذ ابن الماجشون وابن عبد الحكم بقوله لا شفعة فيه وهو الذي رواه ابن القاسم في الموازية والمدونة قال ابن وهب والمغيرة قال ابن حبيب وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبح بقوله فيه الشفعة ورواه ابن المواز عن أشهب قال ابن حبيب وذلك في كراء الدور والمزارع سواء ووجه القول الأول أن المنافع لا تصح فيها القسمة بالحدود فلم تثبت

فيها الشفعة كالتياب ووجه القول الثاني ان المنافع لا تنفصل ولا تتم الا بالاصل الذي يقسم بالحدود فتثبت فيها الشفعة كالثمرة النامية وبمثل هذا احتج ابن المواز لأنه يختار الشفعة فيها
(فصل) وقوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة نص في انه لا شفعة في مال بعد قسمته وبهذا قال مالك والشافعي وهو المروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال أبو حنيفة وسائر الكوفيين بآيات الشفعة للجار الملاصق دون المحاذي والدليل على ما ذهب اليه أهل المدينة قوله صلى الله عليه وسلم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة والحدود واقعة بين المتجاورين ومن جهة المعنى ان هذا متميز الحق عن ملك المجاور فلم تثبت له شفعة كالجار المحاذي وهو معنى ما روى ابن المسيب ان الشفعة لا تكون الا بين الشركاء ص **قال مالك** في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بعيوان عبد أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعة بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتها خمسون دينارا **قال مالك** يحلف المشتري ان قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم ان شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذا أو يترك الآن يأتي الشفيع بينة أن قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري **ش** وهذا على ما قال ان من اشترى شقصا بعرض ثم جاء الشفيع فان له أن يأخذ بقيمة ذلك العرض اذا كان غير مكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى ذلك انه مما لا مثل له وفي كتاب ابن المواز ان اشتراه على جزاق فعلى الشريك قيمة ذلك الحلي يقوم ذهبه بالفضة ويقوم فضته بالذهب وكذلك الجزاق من السبائك والرصاص والنحاس والطعام المصبر وأما ان اشتراه المشتري بمكيل أو موزون أو معدود فاعلم عليه مثله وليس هذا من يبيع ماليس عنده لانه عقد لا يقف على اختيار المتعاقدين لان المشتري مغلوب على التسليم وانما يراعى يبيع ماليس عنده في العقد الموقوف على اختيار المتعاقدين على ان فيه اختلافا بين ابن القاسم وأشهب في بيع المراجعة وقد تقدم ذكره (مسئلة) وان كان العرض الذي اشترى به المشتري مؤجلا ففي كتاب ابن المواز عن أشهب أن للشفيع أن يأخذ بقيمة العرض الى أجله على مثل ما هو عليه ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمة العرض وقال محمد وهذا غلط ولا يأخذ بقيمة العرض الى أجله وقد رواه أيضا عن أشهب قال محمد وانما تؤخذ القيمة في البيع والشراء بعرض معجل والفرق بينهما ان العرض المعين يباع اذا استحق انتقض البيع والمبيع الموصوف في الذمة اذا استحق قيمته يوم قبضه لم ينقض البيع وكان عليه مثله ووجه قول أشهب أن العروض لا يجب تسليم مثلها لانها مما لا مثل لها وانما يجب فيها القيمة كالمعين منها (مسئلة) ولو اشترى الشقص بدين على البائع فقد قال ابن الماجشون في الموازية وغيرها يأخذها الشفيع بقيمة ذلك الدين عرضا من العروض كالخنطة والزبيب وما أشبه ذلك مما يتعجل منه وحكى ابن عبدوس عن سحنون أن الدين يقوم بعرض ثم يقوم العرض بعين ثم يأخذ الشفيع بذلك وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك ان الشفيع لا يأخذ الا بمثل ذلك الدين أو يترك ولو كان البائع غير ما دفع العرض بأكثر من قيمته وقاله أشهب زاد ابن حبيب عن مطرف وان كثرت القيمة فيه وقال أصبغ لا يأخذ بمثل الدين الا أن يهضم له هبة بينة فيأخذ بقيمة الشقص لا بقيمة الدين ووجه قول ابن الماجشون أن الدين كالعرض ولذلك لا يجب فيه زكاة الا بمثل ما يجب بعروض التجارة فوجب أن يقوم للشفيع وانما دفع فيه العرض لان تقويم العرض يؤدي الى التفاضل في العين فيما يلزم فيه التساوي وانما يقوم العرض مرة أخرى بالعين على

* قال مالك في رجل اشترى شقصا مع قوم في أرض بعيوان عبد أو وليدة أو ما أشبه ذلك من العروض فجاء الشريك يأخذ بشفعته بعد ذلك فوجد العبد أو الوليدة قد هلكا ولم يعلم أحد قدر قيمتهما فيقول المشتري قيمة العبد أو الوليدة مائة دينار ويقول صاحب الشفعة الشريك بل قيمتها خمسون دينارا قال مالك يحلف المشتري ان قيمة ما اشترى به مائة دينار ثم ان شاء أن يأخذ صاحب الشفعة أخذا أو يترك الا أن يأتي الشفيع بينة ان قيمة العبد أو الوليدة دون ما قال المشتري

قول سحنون ان التقويم انما شرع في العين لأنه لا تختلف فيه الأسواق ولا البلاد ولذلك اتفق على أنه أصل الأثمان وقيم المتلفات وانما دخل العرض فيه للتحايل ليسلم من التفاصل في الجنس الواحد من العين وانما لا يجوز مثل هذا في المبيع لمنع الذرائع وذلك حكم يختص بالبيع دون ما يجب عليه من التقويم والله أعلم ووجه قول مالك ان المشتري اشترى بالعين فلا يأخذه الشفيع الا بمثل ذلك الثمن كما لو اشترى بثلثين مؤجلا على المشتري والبيع يكون بمثل القبة أو أقل أو أكثر وليس للشفيع أن يأخذ الا بمثل الثمن وان زاد المشتري على القبة أو نقص وانما راعى أصبغ الهضم الكثير لأنه عنده بمنزلة الهبة من جملة الدين كالجو وهبه بعض الثمن بعد انعقاد البيع وان الطرح الكثير لا تأثير له وتأثير في الثمن فكذلك في مسئلتنا (فرع) فاذا قلنا يأخذ بمثل الدين فقد روى ابن حبيب عن مالك ان كان الدين يوم قيام الشفيع حالا أخذ به جالا وان كان بقي من الأجل شيء فالي مثل ما بقي من الأجل وقال أصبغ انما يستشفع بمثل الدين حالا وجه قول مالك ان حكم الشفعة مساواة الشفيع المشتري فيما يدفعه عوضا عن المبيع وليس من المساواة أن يجعل له ثمنه مؤجلا عليه ووجه قول أصبغ ان الدين الذي كان على البائع تصور فيه أخذ عوضه منه وليس للشفيع على المشتري دين مؤجل فيأخذه شفيعه ولا يكاد يتفق أن يكون كل شفيع له على المشتري مثل الدين الذي كان للمشتري على البائع والى مثل أجله ولا يجوز أن يزيد في الأجل ولا ينقص منه لان ذلك يدخله بيع وسلف فلذلك لم يصح مراعاة الأجل في الشفعة والله أعلم (مسألة) ومن اكترى ابلا الى مكة بشقص أو استأجر به أجيرا أو اكترى دارا سنة في المجموعة عن مالك للشفيع أن يأخذ بمثل كراء الابل وبقيمة الاجارة وقال أشهب بمثل كراء الابل الى مكة من مثل صاحبها ان كان مضمونا فلي الضمان وان كانت معينة فعل التعيين وقاله ابن الماجشون في الاجارة بمثل أجرة من استؤجر (فرع) فاذا تعدرت الدواب المعينة في بعض الطريق أو مات الأجير أو انهدم المسكن في نصف السنة فليرجع البائع بقيمة نصف شقصه على المتباع ولا ينتقص على الشفيع بشئ قاله ابن المواز وقال أشهب في المجموعة يرجع عليه المتكاري بنصف ما كان يأخذه منه من قيمة كراء ابله الا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشقص فيكون الشفيع هو اراجع عليه بنصف كراء ابله ويدعه من ذلك نصف قيمة الشقص ونحوه لعبد الملك

(فصل) وقوله فيقول المشتري قيمة الوليدة مائة ويقول الشفيع قيمتها خسون يريد ان يشتري الشقص بالوليدة والشفيع اختلفا في قيمة الوليدة التي هي ثمن الشقص فيقول المشتري قيمة ذلك مائة ليأخذ من الشفيع مائة ويقول الشفيع خسون ليأخذ الشقص بخمسين وقد قال مالك ان القول قول المشتري يحلف على المائة ووجه ذلك أن الشقص في يده والقول قول صاحب اليد فاذا حلف فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائة أو يتركه وفي كتاب ابن المواز والمجموعة في اختلاف المشتري والشفيع في الثمن اذا أتى المشتري بما لا يشبه الثمن أو جهلوا الثمن أخذ الشفيع بقيمته يوم ابتاعه المتباع ونحوه قال ابن حبيب عن أصبغ وروى عن مطرف ان القول قول المتباع وان جاء بسرفي وقد روى أشهب في الموازية عن مالك ان أتى المشتري بما يشبه فهو مصدق بغير يمين وفيما لا يشبه باليمين وروى ابن القاسم عن مالك يصدق المشتري فيما يشبه ولا يصدق فيما لا يشبه الا أن يجاوره مالك فيصدق فيما يتغابن به قال محمد لم يختلف مالك وأصحابه في أن الشفيع لا يأخذه الا بما قال المشتري اذا أتى المشتري بما يشبه واختلفوا اذا أتى بما لا يشبه على ما تقدم قال محمد وهذا

كله اذا لم يدع الشفيع معرفة الثمن فان ادعى معرفته فلا بد من يمين المبتاع فان نكل حلف الشفيع وأدى ما قال وقاله مالك في موطنه يشير والله أعلم الى قوله في حله المسئلة المذكورة فوق هـ ا من الأصل ويحلف المبتاع (فرع) ولو صدق البائع أحدهما في العتبية من سماع أشهب لا ينظر الى قوله ولا يقبل شهادته ولا يأخذ أحدهما الا بما قال المشتري وذلك أنه شاهد لعقد عقده فهو يشهد على فعل نفسه ولا يصح ذلك وانما يصح أن يشهد الشاهد على فعل غيره أو قول غيره وفي كتاب ابن من بن لا تجوز شهادته لانه دافع عن نفسه ومعنى ذلك انه يخشى أن يستحق الارض فيأخذ منه الشفيع الثمن الذي أعطاه ويرجع هو على الشفيع بما أخذ منه (مسئلة) ولو اختلف البائع والمشتري في الثمن في المجموعة لأشهب ينصалан ويتفاسخان وتبطل الشفعة وقال ابن القاسم ان حلفا أو نكلا فسخ البيع وبطلت الشفعة فلم يكن للشفيع أن يأخذ ما ادعاه البائع ووجه ذلك ان الشفعة مرقبة على نفوذ البيع فاذا بطل البيع بينهما بطلت الشفعة

(فصل) وقوله يحلف المبتاع على قيمة ما اشترى به يريد والله أعلم قيمته يوم اشترى به لان زيادة قيمته قبل ذلك أو نقصانه لا اعتبار به لانه انما زاد أو نقص عن ملك من صار اليه واليمين في ذلك تكون على وجهين أحدهما مع عين السلعة والثاني مع وجودها فأما مع عدم عين السلعة فانها ان اتفقا على صفتها دعاهما المقومون وان اختلفا في صفتها فالقول قول المبتاع في صفتها على رواية الموطأ يحلف على ذلك ثم يقوم المقومون تلك الصفة وأما مع وجود السلعة فانه يكون على وجهين أحدهما أن يدعى أحدهما أنها كانت من الصفة على غير ما هي عليه الآن والثاني أن يتفقا على ذلك ويختلفا في صفتها يوم التبائع فاما أن يدعى أحدهما تغييرا بالزيادة والآخر تغييرا بالنقصان أو يدعى المشتري من التغيير أقل مما يقره به الشفيع ص قال مالك من وهب شقفا في دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بهانقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا ويدفعون الى الموهوب له قيمة مثوبته دنائرا أو دراهم قال مالك ومن وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يذب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يذب منها فان أثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب في ش الهبة تكون على ضربين لغير الثواب وللثواب فأما الهبة لغير الثواب فهي كالصدقة والظاهر من قول مالك أنه لا شفعة فيها وقال ابن عبد الحكم في المختصر اختلف قول مالك في الشفعة في شقص يوهب لغير الثواب فقال القاضي أبو محمد في الهبة لغير الثواب والصدقة رايان احدهما وجوب الشفعة والثانية اسقاطها وجه القول بنفيها انه انتقال ملك بغير عوض عنه فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث ووجه القول الثاني أنه انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة فيه كالهبة للثواب (فرع) فاذا قلنا تبقى الشفعة فيه فانه قد ثبت الهبة على غير الثواب فأثيب فيه في المدونة لا شفعة فيه وفي الموازية ولا في عوضه ووجه ذلك أن الثواب عنها هبة مبتدأة فكان لها حكم الأولى (مسئلة) وأما الهبة للثواب فالشفعة فيها ثابتة قولاً واحدا سواء كان الثواب نقدا أو عرضا على ما ذكر في الأصل وهذا يقتضي الأخذ بالشفعة بعد الاثابة وفي الموازية لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف وهذا قبل فوات الهبة قولاً واحداً وأما بعد فواتها في العروض بالزيادة والنقصان وحوالة الأسواق وفي الدور وعند ابن القاسم وعند أشهب وابن عبد الحكم هو فوات أيضا في الباع في الهبة للثواب والبيع الفاسد فقد قال أشهب اذا فاتت بذلك فقد وجبت القيمة ولزممت الشفعة وقال ابن القاسم وابن الماجشون لا تجب

قال مالك من وهب شقفا في دار أو أرض مشتركة فأثابه الموهوب له بهانقدا أو عرضا فان الشركاء يأخذونها بالشفعة ان شاؤا ويدفعون الى الموهوب له قيمة مثوبته دنائرا أو دراهم * قال مالك من وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يذب منها ولم يطلبها فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس ذلك له ما لم يذب منها فان أثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب

الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف ورواه ابن حبيب عن مطرف قال عبد الملك إذ لعله يقول لم أرد ثواباً فإن رأى الناس أنه أراد به الثواب قال ابن المواز وإن ترك الثواب لموضع الشفعة فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب ومعنى ذلك أن الثواب مجهول وإنما ينفذ بانفاذه أو بالقضاء به ووجه قول أشهب عندى أن يقضى له بالشفعة بالقيمة التي قدرتمته وذلك جائز في الشفعة لأن الشفيع شهد أنه قد أخذ بالشفعة قبل أن يعلم الثمن فيجوز له ذلك فليس من شرط الأخذ بالشفعة كون الثمن معلوماً وإنما ذلك من شرط لزومها وهذا الظاهر من قول مالك وفي الموطأ ليس له أن يأخذ بالشفعة ما لم يثبت منها ومعنى ذلك إذا لم يثبت والله أعلم وأحكم (مسئلة) وإذا أتى من الهبة بأكثر من قيمتها ففي الموازية لأشهب إن كان قبل فواتها فإن الشفيع يأخذ بجميع العوض وإن كان بعد فواتها أخذ بالأقل من الثواب وأوقية الهبة وقال ابن القاسم وعبد الملك لا يأخذ إلا بقيمة العوض ما بلغ وجه قول أشهب أن الثواب قبل الفوات ثواب لجميع الهبة لأنه لم يلزمه بعد شيء أقل من ذلك ولا أكثر وبعد الفوات قدرتمته القيمة مبتدأة فإذا بعد فهو هبة مبتدأة فلم يلزم الشفيع وجه القول الثاني أن الثواب متناول لجميع الهبة ومقابل لها ولا فرق بين ما قبل الثواب وبعده لأنه لو دفع القيمة قبل الفوات لم يكن للواهب غير ما وكذا بعد الفوات وما زاد على ذلك في الوجهين فهو زيادة في الثواب لاهبة متميزة فلا فرق بين الموضوعين وهذا معنى قول مالك فإن أتى من الهبة بالشفيع بقيمة الثواب ومسئلة الموطأ مبنية على المساواة بين الحالين (مسئلة) فإن أظهر الواهب هبة لغير ثواب وعلى وجه الصدقة وادعى الشفيع الثواب فقد قال مالك لا يمين على المتصدق عليه أن كان ممن لا يمين وأن كان ممن يمينهم أحلف وقال ابن نافع عن مالك في المجموعة إن رأى أنه وهب للثواب لأنه محتاج وهب عينا فاليمين على الموهوب له أو على ابنه إن كان صغيراً وإن كان غنياً عن الثواب وإنما وهب لصدقة وقربة فلا يمين في ذلك وإن لم يكن حاجة ولا قرابة ولا إغاة فاليمين في ذلك

(فصل) إذا ثبت ذلك فإن انتقال المملوك يكون بغير عوض وقد تقدم ذكره ويكون بعوض ومعظم أبوابه البيع ويلحق به الهبة للثواب وقد تقدم ذكرها ومن ذلك الإجارة مثل أن يشتري شقصاً من أرض بسكنى داره أو ركوباً بلبه فالشفعة في ذلك كله ويأخذ الشفيع بقيمة الإجارة لأن السكنى والركوب كالعرض فيأخذ الشفيع بقيمة ذلك وكذلك قيمة الشقص يؤخذ في دم الخطأ فإنه يأخذ الشفيع بالدية لأنه عوض عن مال فلا يخالو أن يكون ذلك المال من العين وقد تقدم ذكره أو يكون من أهل الأبل في المدونة عن ابن القاسم إن الشفيع يأخذ بقيمة الأبل فأما على قول أشهب فيمن اشترى شقصاً بعروض مؤجلة غير معينة أخذ الشفيع بالقيمة فلا فرق بينهما وعلى قول ابن المواز إنما يأخذ بمثلها والفرق بينهما أن أبل الدية غير موصوفة فلذلك عدل إلى القيمة والله أعلم (مسئلة) ومن ادعى على رجل في شقص فصاحه على الإنكار فلا شفعة فيه ولو صاح به بشقص آخر فلا شفعة في الثاني بقيمة ما ادعاه قال ابن المواز وإن صاح على الأقرار فالشفعة فيه لأنها معاوضة (مسئلة) وأما ما كان عوضاً لغير مال كدم العمد فالشفيع الأخذ بالشفعة بقيمة الشقص لأنه ليس له عوض من المال وإنما عوضه غير مال فلما لم يكن لعوضه قيمة أخذ بقيمة نفسه وهذا إن صاح به بالشقص عن دم العمد وأما لو صاح به عن الدم بمال ثم أخذ به الشقص ففي الموازية يأخذ الشفيع الشقص بما كانا اتفاقاً عليه من دية معجلة أو مؤجلة (مسئلة) وأما الشقص ينكح به أو يخالع ففيه الشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا شفعة فيه والدليل على ما نقوله أنه شقص ملك بنوع

معاوضة فثبتت فيه الشفعة كما لو ملك بالبيع وأخذ الشفع بقيمة الشقص خلافا للشافعي في قوله يأخذه بمهر المثل والدليل على ما نقوله أن البضع ليس بمال فيتقدر به ثمن المبيع فيه وليس كل مهر المثل هو الثمن فيلزم ذلك الشفع كأخذه من دم عمد ص ح قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة ح قال مالك إن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل وإن كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فإذا جاءهم بحميل مليء ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له ح ش وهذا كما قال إن من اشترى شقصا بثمن مؤجل فإن الشفع انما يأخذه بمثل ذلك الدين إلى ذلك الأجل لأن من حكم الشفعة انفاذا بها الثمن الأول في قدره وصفته وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له الأخذ بثمنه حالا أو الانتظار إلى أن يصل الأجل فإخذه بالنقد ووجهه ما قدمناه

(فصل) وقوله وإن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل لما قدمناه من المماثلة وهذا إذا تساوى في الملاء والثقة وإن كان المشتري أتم غنى من الشفع وثقة قال أشهب في المجموعة والموازية لم يكن في مثل ملاء المشتري فليأت بحميل في مثل ثقة المشتري وملائته قال ابن المواز والذي عندنا أنه ليس عليه حيل إذا كان مليا ثقة وإن كان المبتاع أملا منه وجه القول الأول ما يلزم من التساوي في الثمنين فكذلك في الذمتين اللتين هما محلان لهما لا سيما مع التأجيل ويؤيد هذا التأويل قوله يأتي بحميل ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص قال محمد ولم يشترط هذا في رواية ابن القاسم وعبد الملك عن مالك ووجه القول الثاني أن التساوي انما يجب فيما يتعلق به الحكم وهو الملاء أو العدم فيعتبر بذلك دون التفاضل إذ الذم لا تسكاد وتتساوى ولا تأثير لها في الأخذ بالشفعة ولذلك لو كان الشفع أتم ملاء وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة نقصا من الثمن ولا الأجل ولا اثباتا للشفعة حيث لا تثبت لمن كان دونها فاذا لم تؤثر زيادة حال الشفع على حال المشتري فكذلك نقصها والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وإن كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فجاء بحميل ثقة مثل المشتري فذلك له فيه مسئلتان أحدهما أنه يريد أنه إن كان عديما لم يسلم إليه الشفعة لأن في ذلك تغيرا بالشقص لثلاثه قبل الاداء فلا يوجد ما يؤخذ منه ثمنه فلا يسلم إليه حتى يأتي بحميل ثقة أو رهن وفي ذلك الثمن إلى ذلك الأجل لأن في ذلك أمانا مما يخاف منه مع العدم والمسئلة الأخرى تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى (مسئلة) وهذا إذا كان المبتاع مليا فإن كان عديما واتفقا في العدم فالشفيع الأخذ بالشفعة دون حيل ولا رهن رواه ابن المواز قال محمد لا شفعة له أن يأتي بحميل ثقة كان المبتاع أو عديما ولم يكن وجه القول الأول ما ذكرناه من مراعاة التساوي ووجه القول الثاني أن عهدة المشتري بالدين على الشفع وقديتق البائع بالمشتري بما لا يثق به المشتري بالشفيع كما لو أراد أن يهبه الثمن ويتركه له بعد البيع لم يلزم ذلك المشتري للشفيع (مسئلة) ولو لم يقم الشفع حتى حل الدين وأدى الثمن فله الأجل مستأنفا مثل ما كان للمشتري قاله عبد الملك في الموازية والمجموعة ورواه ابن حبيب عنه وعن مطرف ومالك وزاد فإن لم يكن مليا ولم يأت بحميل فقد قطع السلطان شفيعته فلا شفعته وإن وجد حميلا بعد ذلك وروى ابن حبيب عن أصبغ لا يأخذه بعد الأجل إلا بالنقد ووجه القول الأول ما قدمناه من القائل في العوضين والأجل في ذلك تأثير فقد يشتري الأصل بالتأجيل بثمن ما يشتري بالنقد ووجه قول أصبغ أن الأجل قد كان لها جميعا للمشتري وللشفيع فاذا انقضى في حقهما انقضى والله أعلم وأحكم ص ح قال مالك لا تقطع شفعة

قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثمن إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة قال مالك إن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل وإن كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فإذا جاءهم بحميل مليء ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له قال مالك لا تقطع شفعة

الغائب غيبته وان طال غيبته وليس لذلك عندنا حد تقطع اليه الشفعة ^ب ش وهذا على ما قال
وذلك ان الاخذ بالشفعة للشفيع ثابت ما لم يترك أو يظهر منه ما يدل على الترك أو يأتي من طول
المدة ما يعلم منه أنه تارك للشفعة وعند أبي حنيفة والشافعي أنهم على الفور ^ب قال مالك في الموازية
والمجموعة لا تقطع شفعة الغائب غيبته ولو طال وان لم يشهد في غيبته انه على شفעתه ووجه ذلك أن
المغيب عذر في تركه القيام في الشفعة فلم يسقط بذلك حقه كالأغماء والجنون (مسئلة) وهذا اذا
كانت غيبته بعيدة فان كانت قريبة قال أشهب في الكتابين ان كانت غيبته قريبة لا مؤنة عليه في
الشخص فهو كالحاضر قال في المجموعة وهذا اذا طال زمانه وعلم بوجود الشفعة ووجه ذلك أنه
لا مضرة عليه في طلب الشفعة فكان طول امساكه عن المطالبة بها يعني تركها كالحاضر (مسئلة)
وأما الحاضر فنفى قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احدهما انه لا حد لذلك والثاني
ان له حدا وجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا على عموم في
الاقوات والاحوال ومن جهة المعنى ان هذا حق متعلق بالمال وكان المشتري عالما به وقادر على
ازالته عن نفسه بتوقيفه فاذا لم ينقطع حق المشتري من التوقيف بمضي المدة لم ينقطع حق الشفيع
بمضي المدة ووجه الرواية الثانية ان في ترك الشفيع على شفעתه اضارا بالمشتري ومنعاه من
التصرف في ملكه بالعامة والانفاق له فكان له حديثه اليه من المتابع عند انقضائه الشفعة ولا
يقطع حق المشتري تركه ايقاف الشفيع كما لا يقطع الشفيع تركه الا شهدا بالاخذ بالشفعة (فرع)
فاذا قلنا بتحديد المدة فقد روى ابن القاسم عن مالك السنة والسنتان قريب وروى ابن حبيب عن
مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقطع الشفعة مضي السنة الا أن يوقف وقال لا أرى الخمس
سنتين طولا وروى عن أصبغ هو على شفعتي السنتين ونحو ذلك فاذا قلنا بالسنة وهو الاكثر من
قول أصحابنا العراقيين فان وجه ذلك أن السنة قد جعلت قدرا لقطع الاعذار في الغيبة وغيرها
فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة (فرع) فاذا قلنا بالسنة فهل يكون لما قرب من السنة
حكمها فقد قال أشهب اذا غربت الشمس من آخر يوم أيام السنة فلا شفعة له وروى أشهب عن
مالك السنة قريب وذلك يقتضي نفي هذا التقدير وقال ابن ميسر ما قرب السنة دخل في حكمها
ووجه القول الاول ان ما حد بالسنة كان حكمه مقصورا عليها كالسنة المضروبة للعنة والجنون
ووجه القول الثاني ان المدة المحدودة بالسنتين اذا لم تنفص الى فرقة كان حكم ما قرب السنة حكم السنة
أصل ذلك مدة الرضاع (مسئلة) وهذه المدة للشفيع الحاضر فيما لم يوقف قبل أن تنقطع شفעתه
على حد ما نذكره بعدها أو يكون له عذر فلا تنقطع شفעתه بمضي هذه المدة وقال في المجموعة ليس
المرأة في ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيره وقال مطرف وابن الماجشون
وكذلك المريض والصغير والبكر كالغائب سواء كان المريض عالما بشفعته أو جاهلا بها وقال
أصبغ المريض كالصحيح في ذلك لانه يقدر على أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة انه على
شفعته وهذا يقتضي أن الغائب انما يبق حكمة شفعتي اذا لم يعلم بذلك وما اذا علم فانه أيضا يقدر على
اشهاد به بأخذ الشفعة فان لم يفعل فحكمه حكم الحاضر (مسئلة) فاذا زالت هذه الاعذار من
الغيبة والمرض والصغر وما ذكر قبل هذا فان لمن زالت عنه من المدة بعد ذلك والها بمثل مال الشفيع
من المدة بعد الشراء رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ان مدة العذر غير
معتبر بها فاذا زال العذر اعتبر من وقت امكان الاخذ بالشفعة بقدر ما يعتبر لمطلق الدواعي من وقت

الغائب غيبته وان طال
غيبته وليس لذلك عندنا
حد تقطع اليه الشفعة

البيع لانه في حكمه والله أعلم وهذا اذا كان الصغير لاولى له من أب أو وصى أو مقدم من حاكم فان كان له ولي منهم فان له من المدة مثل ما لغير المحجور الا أن يسلمه الولي قبل ذلك فان ترك الولي الاخذ بالشفعة سنة فلا شفعة له قاله أشهب وقال مالك في المجموعة ان علم الولي بالشفعة وعلم منه في ذلك تغريط وتضييع فلا شفعة للصبي اذا بلغ بعد خمس سنين قال ابن القاسم وأشهب لان وليه بمنزلة وقول مالك هذا على أن مدة الشفعة خمس سنين والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا كانت الغيبة متصلة من قبل وقت الاتباع وأما ان كان حاضرا عند الاتباع ثم غاب فطالت غيبته حتى انقضت مدة الشفعة في المدونة في الشفع يكون حاضرا عند البيع ثم يغيب عشر سنين أو أكثر ان كان خروجه في مدة لو قام فيها ثبتت له الشفعة وكان سفره سفر ايلم أنه لا يرجع حتى ينقضي أمد الشفعة فقد بطلت شفعة وان كانت غيبته يرجع من مثلها قبل انقضاء أمد الغيبة فنعاه مانع فهو على شفعة بعد أن يحلف انه ما كان تاركا للشفعة وسواء أشهد عند خروجه أو لم يشهد ووجه ذلك انه خرج في مدة كان له الاخذ بالشفعة الى سفر ينقضي قبل أمد الشفعة فكان بمنزلة الحاضر يترك الشفعة الى آخر أمدها فانه اذا قام في بقية من أمد الشفعة كان له الاخذ بالشفعة فان عاقبه من ذلك عائق أبقى له حق الشفعة لانها انما تنقطع بعدم العوائق ولذلك لم يحتج أن يشهد عند سفره انه باق على شفعة لأن بقاء المدة يشهد له بذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو كان الشفع حاضرا والمشتري غائبا في المجموعة لأشهب سواء غاب بعد الشراء أو اشتراها في غيبته أو اشتراها له وكيل فالشفعة ثابتة وان طالت غيبة المشتري قال ولو قام بشفعته لحكم له بها فان لم يقم لم يضره تأخير له لعدله لتجشم الخصومة فان كتابة عهده عليه أبخضرتة حسن (مسئلة) ولو كان الوكيل يبنى ويهدم ويكرى بمحضرة الشفع لم يقطع ذلك شفعة ما لم يكن وكيل على دفع الشفعة عن المشتري قاله أشهب وقال ابن ميسرة اذا كان الوكيل يبنى ويهدم بمحضرة الشفع فلا بد أن يلي ذلك معه يرذل شركته في ذلك قال وهذا يقطع شفعة قال ولو لم يل ذلك معه وقامت بينة أنه علم بذلك وهو حاضر فلا شفعة له اذا مضى من المدة ما تنقطع اليه الشفعة (فصل) فاذا قلنا ان السنة قريب ولا تنقطع الشفعة فهل يجب عليه يمين انه لم يسكت هذه المدة لأنه تارك للشفعة روى ابن القاسم عن مالك في العتبية يحلف ان قام بعد ستة أشهر وفي الموازية عن مالك يحلف بعد سبع أشهر أو خمسة ولا يحلف بعد شهرين فعلى هذا المدة على أن يضرب منها ما يقصر كالشهرين وما كان له حكمهما فهذا يأخذ بالشفعة دون يمين وما هو أطول منها كالسبعة أشهر وما كان له حكمهما فهذا يأخذ بالشفعة بعد أن يحلف وطويل المدة ما زاد على السنة في رواية أشهب فهذا تنقطع فيه الشفعة (مسئلة) وهذا ان علم بالشراء وثبت ذلك عليه بيينة أو اقراره وان أنكر العلم به وهو مقيم بالبلد فقد قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم انه مصدق ولو بعد أربعة أعوام قال ابن المواز ان الاربعة لكثير ولا يصدق في أكثر منها ص قال مالك في الرجل يورث الارض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفير ثم يهلك الاب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الارض فان أبا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الامر عندنا * ش وهذا على ما قال ان الاخوة اذا ورثوا أراضيت في أحدهم عن ولد ورثوه ثم باع أحد الولد نصيبه فان اخوة البائع أحق بشفعته ما باع من أعماسه لأن شركتهم أخص تقتصر بمحضرة الشركة وتبعيض السهام وبسبب ازالة الضرر من القسمة فكانت الشفعة بينهم أولى وقد قال ابن المواز المشتري والوارث في الشفعة سواء * وقال مالك في المجموعة والعتبية ليس المشتري كالورثة ولا العصبه كأهل السهام المفروضة فيجتمل

* قال مالك في الرجل يورث الارض نفرا من ولده ثم يولد لأحد النفير ثم يهلك الاب فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الارض فان أبا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه * قال مالك وهذا الامر عندنا

القول الذي في كتاب محمد الخالف رواية العتبية ويحتمل ان يريد ان الوارث الواحد يشارك المشتري انه بمنزلة في الشفعة ورواية العتبية في جماعة ورثة يرثون اباهم ان بعضهم احق بشفعته فيما باعه اشراكهم من الورثة لما قدمناه (مسئلة) والورثة على ضربين اهل سهم وغير اهل سهم فاما اهل السهم كالجدتين تشتريان في السدس والاخوات الشقائق والاخوات للاب يشتركن في الثلثين والاخوة للام يشتركون في الثلث والزوجات يشتركن في الربع او الثمن فقد قال مالك في الموازية والمجموعه اهل السهم احق بشفعة ما باع اهل سهمه من سائر الورثة فان تركوا الشفعة فاهل الميراث احق من الشركاء الذين لا يشاركون بذلك الميراث فان سلم اهل الميراث سائر الشركاء احق بالشفعة قال ولم يختلف فيه اصحاب مالك المغيرة وغيره الا ابن دينار (مسئلة) فان كان مع اهل السهام عصبه فباع احد العصبة فقد قال ابن القاسم الشفعة لاهل السهام والعصبه قاله مالك واصحابه الاشهب فانه قال الشفعة لسائر الورثة دون اهل السهام وجه القول الاول ان احاد العصبة مشاركون لجملة اهل السهم فلذلك كان اهل السهم بمنزلة في حقوقهم واحاد اهل السهم لا يشاركون العصبة وانما يشاركونهم بالجملة لأن حقوقهم متقدمة وقد تساوا في ذلك ووجه آخر وهو ان معنى التعصيب في هذا الموضع الورثة لا من بعده عليه ولذلك لا تنقر سهامهم ولا تختص بسهم ما وحق اهل السهم التقديم على العصبة بذلك السهم ولذلك يضربون به عند العول والعصبه يسقطون عند العول فكل حق للعصبه شاركونهم فيه اهل السهم بذلك وحقوق اهل السهم مقصورة عليهم لاختصاصهم بالسهم وحقوقه (مسئلة) ومن اوصى لهم بثلاث او بسهم فباع احدهم فان شركاءه احق بالشفعة من الورثة قاله الاشهب في الموازية وقاله ابن عبد الحكم وقال ابن القاسم للورثة الدخول معهم وهذا على ما تقدم من حكم الوصية مع اهل السهام ص قال مالك الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا قليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيها قال مالك فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول انا اأخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت ان تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت ان تدفع فدفع فان المشتري اذا خيره في هذا الشفعة كلها او يسلمها اليه فان أخذها فهو احق بها والا فلا شيء له ش وهذا على حسب ما قال ان الشفعة بين الشركاء على قدر ما لهم من الانصاء في المال المبيع بعضه وليست الشفعة على عدد الشركاء قال ابن المواز وقاله علي بن أبي طالب قال اشهب لأن الشفعة انما وجبت لشركتهم لاعددهم فوجب تفاضلهم فيها بتفاضل الشركة قال محمد كعتق رجلين نصيبهما في عبد فالتقويم عليهما بقدر نصيب كل واحد منهما قال القاضي أبو الوليد رحمه الله وهذا عندي معنى قول مالك له من الشفعة بقدر نصيبه ان كان قليلا قليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك اذا تشاحوا فيه يقتضي انهم ان لم يتشاحوا جاز لهم ان يأخذوا الشفعة على غير هذا وان لم يعط القليل النصيب من ذلك مثل ما يعطى من كتر نصيبه أو أكثر وقد حكى القاضي أبو محمد لا يجوز هبة الشفعة ولا بيعها والمشتري للشقص احق بذلك ممن وهبها الشفيع أو باعها منه (فرق) والفرق ينمو بين هذه المسئلة ان الموهوب له احق له في الشفعة والشفيع الذي أعطى أكثر من حقه منها له حق في الشفعة وانما صار له نصيبه بالمساحة ممن يستحق بذلك استحقاقه ولو ترك جميعهم الشفعة لكان له ان يأخذ جميعها فلذلك جاز ان يهبه شريكه بعض الشفعة أو جميعها لانه في معنى تركه الأخذ بها

* قال مالك الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل انسان منهم بقدر نصيبه ان كان قليلا قليلا وان كان كثيرا فبقدره وذلك ان تشاحوا فيها * قال مالك فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه حقه فيقول انا اأخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري ان شئت ان تأخذ الشفعة كلها أسلمتها اليك وان شئت ان تدفع فدفع فان المشتري اذا خيره في هذا الشفعة كلها او يسلمها اليه فان أخذها فهو احق بها والا فلا شيء له

(فصل) وقوله فاما ان يشتري رجل من رجل من شركائه فيقول أحد الشركاء أنا أخذ من الشفعة بقدر حصتي ويقول المشتري اما أن تأخذ الكل أو تدع الشفعة فليس للشريك الا ذلك يحتمل أن يريد بقوله فيشتري رجل من رجل من شركائه ان رجلاً اجنياً اشترى من رجل من شركاء المالك فنسبه اليه بمعنى المالك كما يقول صاحبه ومالكه ويحتمل أن يريد به ان رجلاً من الشركاء اشترى من رجل من شركائه فيكون الضمير من شركائه عائداً الى المشتري فان كان المشتري من غير الشركاء فاراد رجل من جملة الشركاء أن يأخذ بقدر حصته من الشفعة فقال المشتري اما أن تأخذ الجميع أو تدع الجميع فلا يخلو أن يكون سائر الشركاء غائباً أو حضوراً فان كانوا حضوراً وأبوا الأخذ لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك فان ترك فلا رجوع له في الشفعة فان أخذ لم يكن لاحد من الشركاء بعد الترك الدخول معه ووجه ذلك ان الأخذ بالشفعة عقد لازم والترك لها مسقط لخيار الشفعة على وجه اللزوم فاذا انعقد ذلك على أحد الوجهين فقد لزمت في الجهتين فلا رجوع لاحدهما فيه (فرع) ولو أراد الشفيع أخذ الجميع لم يكن للمشتري منعه من أخذ الجميع قاله في المدونة ووجه ذلك أن الشفعة مبنيّة على المنع من التبعض فكيف ليس للشفيع أن يبعثها على المشتري كذلك ليس للمشتري تبعضها على الشفيع وروى ابن حبيب عن أصبغ ان كان المسلم للشفعة ساهماً على وجه الهبة للبتاع فليس للشفيع الا قدر سهمه وللبتاع سهم المساهمين وان كان تسليماً على وجه كراهية الاخذ فالشفيع أخذ الجميع فان أبي فلا شفعة له وقد تقدم انه لا تجوز هبة الشفعة لكنه انما تجوز هبتها لمن له حق في ملكها كالمشتري واذا تركها الشفيع ولم يهبها فان للشفيع الاخذ بالشفعة فقد قدم عليه والله أعلم (مسألة) وان كان اشراً كه غيباً لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصّة اشراً كه الغيب حتى يقدموا ولياً يأخذ الآن الكل أو يترك فان ترك فلا دخول له مع أصحابه اذا قدموا وأخذوا الشفعة فان قدم واحد من غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع ولو أخذ الحاضر الجميع فن قدم دخل معه في الشفعة ان أراد ذلك على قدر حصتها كما لو لم يكن شريك غيرهما قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها (مسألة) وأما ان كان المشتري أحد الشركاء فاراد أحد شركائه أن يأخذ الشفعة وسلمها سائرهم وقال الشفيع انك شفيع معي فأناترك لك بقدر حصتك من الشفعة فلم أرفيه نصاً الا ما تحتمل هذه المسئلة من التأويل * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله والذي عندي ان للمشتري أن يلزم الشفيع بأخذ الكل أو الترك وليس للشفيع الا ذلك لان المشتري أكثر ما فيه انه شفيع تارك فان أراد الاخذ بالشفعة أخذ الكل والابطالت الشفعة وهي عند المشتري بالشراء لا بالشفعة والله أعلم وأحكم ص * قال مالك في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيسدر في فيها حقاً فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها * ش وهذا على ما قال ان المشتري اذا اشترى الأرض فعمرها فان عمارته لها تكون على وجهين أحدهما بالغرس والبناء وماله أصل ثابت والثاني ما ليس له أصل ثابت من الزراعة والحرق والاصلاح فأما ما كانت عمارته بماله أصل ثابت فان الشفيع لا شفعة له الا أن يعطيه قيمة ما عمر قاله مالك في الموازية والمجموعة وغيرها ووجه ذلك انه عمر بوجه حق لانه عمر في ملكه فلم يكن للشفيع أن يأمره بالقطع ولا يكون له أن يأخذ الأرض بالشفعة ويشركه المشتري بالعمارة لان ذلك ازدياد من ضرورة الشركة التي شرعت الشفعة لنفها وتصور هذه المسئلة بأن يكون المشتري

* قال مالك في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها ثم يأتي رجل فيسدر في فيها حقاً فيريد أن يأخذها بالشفعة انه لا شفعة له فيها الا أن يعطيه قيمة ما عمر فان أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة والا فلا حق له فيها

اشترى الأرض كلها فعمرفها وهو يعتقد انها له فاستحق رجل منها حصته وأراد أخذ الباقي بالشفعة وهذا معنى قول مالك ان المشتري اشترى الأرض ثم أتى رجل بعد ان عمرف أدرك فيها حقاً يريد والله أعلم استحق منها جزءاً أو أراد بقوله أن يأخذها بالشفعة انه أراد أن يملك جميعها وأما من اشترى شقفاً من أرض فبنى فيها ثم قام الشفيع فان العمارة تقوّم مطروحة نقضاً فان شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضاً والاّ امره بقلعه قاله مالك في المجموعة ووجه ذلك انه متعبد بالبنيان (فرع) فاذا قلنا لا يأخذ بالشفعة حتى يعطيه قيمة ما غرس فقد روى أشهب عن مالك في الموازية انما له قيمة ذلك يوم الأخذ بالشفعة لانه قد هدم قبل ذلك وبنى ويغرس وقال أشهب وقال بعض الناس للغارس ما أنفق وليس بصواب وقد ينفق في غراس وحفر عيون الماء الكثير ولا ينبت منه الا اليسير قال ابن المواز ونحوه قال ابن القاسم وعبد الملك

(فصل) وقوله ثم أتى رجل فيدرك فيها حقاً يريد استحق منها جزءاً وهذا الجزء الذي استحقه وقد بنى فيه المشتري فانه ليس له أخذه حتى يدفع الى المشتري قدر حصته ذلك الجزء من البناء لما قد مناه من انه بنى بوجه حق فليس له أن يأمره بقلعه لانه اتلاف لما بنى وغرس فان أبي المستحق من أن يدفع الى المشتري قيمة ما بنى قيل للمشتري ادفع اليه قيمة أرضه دون العمارة المذكورة من الغرس والبناء فان أبي كانا شريكين المستحق بقيمة أرضه والمشتري بقيمة بنائه أو غرسه وهذا المشهور من المذهب وقد تقدم ذكر الخلاف في احياء الموات ووجه ذلك ما قد مناه من تعلق حق كل واحد منهما بحق الآخر على وجه لا يمكن ازالته منه الا بالضرر وقدم مالك الارض لان ملكه أقدم ولان الأرض أنبت في الأصول الثابتة من البناء والشجر فاذا أبي لم يجبر على شراء ما لا يريد شراءه وعرض على الآخر أن يدفع اليه قيمة أرضه فان أجاب الى ذلك وامتنع منه صاحب الأرض أجبر على ذلك لضعف جنبته من الاباية عن تخليص الملك فان أبي المشتري أيضاً شرك بينهما لان هذا الحكم مبنى على أن يجبر فيه على البيع اذا دعا اليه الآخر ولا يجبر على الشراء من أباه فلم يبق الا التبريك بينهما (فرع) فان دفع المشتري الى المستحق قيمة أرضه وأراد المستحق أخذ بقيمة الأرض بالشفعة في المجموعة عن أشهب انه اختلف قول مالك فيه قال أشهب ولست أراه ووجه في الشفعة ما احتج به أشهب من انه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه ومعنى ذلك ان الشفعة انما ثبتت لنفي الضرر وقد خرج عن الشقص الذي كان يستحق الشفعة قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له ووجه القول الثاني ان الشفعة قد ثبتت له بشراء المشتري وقد تقدم ملكه فبيعه بعد ذلك لا يسقط حقه من الشفعة وانما يعتبر في الأخذ بالشفعة بوقت وجوبها وهو وقت شراء المشتري ويجب على القول الاول أن الاعتبار بوقت الأخذ دون وقت الوجوب فان بيعه لخصته التي بها يستحق الشفعة ترك لشفعته لان الشفعة انما ثبتت لازالة الضرر فاذا باع حصته من الملك لم يبق ما يأخذ بالشفعة لنفي الضرر عنه فكان بيعه لخصته يقتضي ترك الأخذ بالشفعة والله أعلم وأحكم (فرع) فان أبي المشتري من دفع قيمة الأرض ورجع الى الشركة فان كانت قيمة الأرض مثل قيمة البناء فهو ما شريكان بنصفين وهل تثبت بينهما الشفعة قال أشهب في المجموعة لا شفعة له في النصف الآخر وقال في كتاب الغصب لابن المواز تكون له الشفعة بما أحدث فيه من البناء فيكون له نصفه أيضاً ربع من الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحتسب على المشتري ربع قيمة النقص الذي هدم منقوضاً ص **✍** قال مالك من باع حصته من أرض أو دار مشتركة فلما علم ان صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشتري فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

* قال مالك من باع حصته من أرض أو دار مشتركة فلما علم أن صاحب الشفعة يأخذ بالشفعة استقال المشتري فأقاله قال ليس ذلك له والشفيع

أحق بها بالثمن الذي كان باعها به ش وهذا على حسب ما قال ومعنى ذلك أن الاقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة لأن حق الشفيع قد وجب في الشقص المشتري وأثبت له الخيار في أخذه أو تركه فلم يكن للمشتري والبائع أن يستطاعا حقه منه بالاقالة ولا يغيرها ولا خلاف أن للشفيع أن يأخذ بالبيع الأول وهل له أن يأخذ بالاقالة وتكون عهده على المشتري أم لا مبنى على اختلاف قولهم في الاقالة هي بيع حادث أم نقض بيع فإذا قلنا إنها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالاقالة وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول وتبطل الاقالة لما كانت مبطله لحق الشفيع بعد وجوبه ولو لم يملك مالاً ولو سلم الشفعة صحت الاقالة وهو الذي قاله مالك في الموازية والمجموعة قال أشهب وهذا استحسن وقال مطرف وابن الماجشون في الواحصة أن رأى أن الاقالة كانت لقطع الشفعة فهي باطل وللشفيع الشفعة ثابتة وإن رأى أنها على الصحة صحت الاقالة وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وإذا قلنا إنها بيع حادث وهو الذي ذكره القاضي أبو محمد فإن له أن يأخذ بالبيع الأول أو بالاقالة فتكون عهده أن شاء على البائع وإن شاء على المشتري مع التساوي في الثمن ولو كانت الاقالة بأقل من الثمن الأول أو أكثر فهو بيع حادث ولا خلاف فيه أنه أن يأخذ بالاول أو الثاني أيهما شاء (مسئلة) وهذا إذا كانت الاقالة قبل تسليم الشفعة فإن كانت بعد تسليم الشفعة ففي الموازية والواحصة لأشهب ومطرف وابن الماجشون فإن للشفيع أن يأخذ بعد الاقالة وكذلك الشفعة في الشركة والتولية ووجه ذلك أن الاقالة بعد تسليم الشفعة بيع حادث فكان له أن يأخذ بالشفعة وإن كان قد سلمها قبل الاقالة كمن باع شريكه فسلم الشفعة ثم باع المشتري فإن له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني والله أعلم ص قال مالك من اشترى شقفاً في دار أو أرض وحيواناً وعروضا في صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعة في الدار أو الأرض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعاً فاني إنما اشتريته جميعاً قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعة في الدار أو الأرض بخصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حده على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعة بالذي يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئاً إلا أن يشاء ذلك ش معنى ذلك والله أعلم أن من اشترى شقفاً من دار أو أرض بمافية الشفعة ومعها في الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض فلا يخلو أن يكون ذلك من ذلك الحائط كعبيده العاملين فيه ودوابه وآتته أو يكون مما لا تعلق له به فإن كان من آتته ففي المجموعة عن سحنون أن ما يبيع مع الحائط من آتته ورقية أن فيه الشفعة لأن صلاح الحائط لا يتم إلا به كالعين تباع مع الأرض وفي الموازية والدواب والرقيق والآلة أنه كبعضه يرد أن الشفعة فيه على وجه التبع للحائط قال إلا أن يكون إنما أضيف اليه يوم الصفقة وقد كان أخرج منه قبل ذلك فلا شفعة فيه فهذا على ما قاله وإنما يكون له حكم التبع إذا كان قد أثر في الحائط عمله أو العمل به فأما ما لم يعمل به بعد في الحائط ولم يكن فيه تأثير فلا يكون صفة من صفات الحائط على ما تقدم في المساقاة وسياً في ذكره أن شاء الله تعالى (مسئلة) وأما أن كان غير متعلق بالبيع ولا تبعاله مثل أن يبيع شقفاً وثوباً بثلثين ثمان الثمن يفيض على الشقص والثوب وما أصاب الشقص فهو ثمنه وبه يأخذ الشفيع إن شاء وما أصاب الثوب فهو ثمنه ويبقى للمشتري قال في كتاب ابن المواز ولو استوجب الشقص قبل المعرفة بما يقع عليه من الثمن لم يجز ومعنى ذلك أن يستوجب على أنه عليه بما يصيبه من القيمة دون خيار له عند معرفة القيمة فذلك غير جائز وأما أن يستوجب على أني قد أخذت بالشفعة وإن لم يعلم الثمن فلذلك تأثير عندى في طول أمد الشفعة ولا يقال فيه أنه غير جائز

أحق بها بالثمن الذي كان باعها به ش قال مالك من اشترى شقفاً في دار أو أرض وحيواناً وعروضا في صفقة واحدة فطلب الشفيع شفعة في الدار أو الأرض فقال المشتري خذ ما اشتريت جميعاً فاني إنما اشتريته جميعاً قال مالك بل يأخذ الشفيع شفعة في الدار أو الأرض بخصتها من ذلك الثمن يقام كل شيء اشتراه من ذلك على حده على الثمن الذي اشتراه به ثم يأخذ الشفيع شفعة بالذي يصيبها من القيمة من رأس الثمن ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئاً إلا أن يشاء ذلك

لانه على حسب ما كان عليه من الخيار اذا عرف الثمن (مسئلة) ولو باع شقما وفتحابدا فانيير فلا بد من تقويم الشقص والقمح قاله في الموازية مالك وابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه اذا اشغلت الصفقة عليهما فلا سبيل الى معرفة حصة الشقص الا بمعرفة قيمة الشقص وقيمة القمح فيفيض الثمن عليهما ولو باع منه شقصا أو مائة درهم بدينار فلا بد أيضا من تقويم الدراهم والشقص قال محمد وهذا على قول أشهب بثبوت الصرف والبيع معا

(فصل) وقوله ولو قال المشتري خلما اشتريت جميعا فاني انما اشتريته جميعا فانه انما يأخذ ما فيه الشفعة يريد انه لا يلزم ذلك الشفيع ولو اتفقا على ذلك لجاز وكان بيعا مستأنفا ولذلك قال مالك ولا يأخذ من الحيوان والعروض شيئا الا ان يشاء ذلك من $\frac{1}{2}$ قال مالك ومن باع شقما من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبي بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبي أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقي $\frac{1}{2}$ ش معنى ذلك ان بعض الشفعاء اذا سلم الشفعة وأراد بعضهم الأخذ بها فان أراد أن يأخذ جميعها لم يكن للمشتري أن يمنعه من ذلك لانه شفيع فلا تتبع بعض عليه الشفعة للمشتري كما لو انفرد (مسئلة) فان أراد أن يأخذ بقدر حصته فلا يخلو أن يسوغه ذلك المشتري أو يمنعه منه فان سوغه ذلك جاز لان الحق في استيعاب الشفعة انما هو حق لها وغير خارج عنهما فاذا رضى بترك ذلك جاز كالبيع وان أبي المشتري من ذلك فعلى ما قال في الأصل لم يكن للشفيع الا أن يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة للمشتري في أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعض صفقته وأخذ بعضها والزامه سائرهما $\frac{1}{2}$ قال مالك في نفر شركاء في دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا أخذ بصحتي وأترك حصص شركائي حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاءوا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا يرى له شفعة $\frac{1}{2}$ ش قوله في نفر شركاء في دار واحدة وصف البيع بأنه من دار واحدة على سبيل التخييل والتقريب ولا فرق بين الدار الواحدة في ذلك والدور الكثيرة ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفيع انما يأخذ ما اشتراه من الثلاث الدور أو يترك الكل وليس له أن يأخذ ما اشتراه من إحدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرهما اذا كان شريكه في جميعها وكان المشتري اشترى ذلك في صفقة واحدة قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة ووجه ذلك ما قدمناه من مضرة تبعض الصفقة الا يرى ان من اشترى أرضا ثم استحق الكثير منها فان له رد سائر الضرر لشركة الطارئة بالاستحقاق (مسئلة) ومن اشترى من رجلين شقصا من دارين وشفيعهما واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ حظ البائعين دون الآخر قاله مالك في المدونة وقاله في غيرها ابن القاسم وأشهب وغيره ووجه انه تبعض بصفقة المشتري فلم يكن ذلك للشفيع كما لو اشترى من واحد (مسئلة) ولو اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال دارا أو أرضا ونحلا وشفيع ذلك كله رجل واحد ففي المدونة لابن القاسم انما له أن يأخذ ذلك كله أو يترك سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد أو واحد من ثلاثة اذا كان في صفقة فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر وأما الشفعة فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة أو ثلاثة من واحد فان كان ذلك على الاشاعة بينهم فبين أيضا وقد أشار أشهب في الموازية والمجموعة الى أن هذا معنى المسئلة وقال ان له أخذ حصته أحدهم دون الباقي وان كان اشترى كل واحد منهم حظ رجل انفرد

قال مالك ومن باع شقصا من أرض مشتركة فسلم بعض من له فيها الشفعة للبائع وأبي بعضهم الا أن يأخذ بشفعته ان من أبي أن يسلم يأخذ بالشفعة كلها وليس له أن يأخذ بقدر حقه ويترك ما بقي * قال مالك في نفر شركاء في دار واحدة فباع أحدهم حصته وشركاؤه غيب كلهم الا رجلا فعرض على الحاضر أن يأخذ بالشفعة أو يترك فقال أنا أخذ بصحتي وأترك حصص شركائي حتى يقدموا فان أخذوا فذلك وان تركوا أخذت جميع الشفعة * قال مالك ليس له الا أن يأخذ ذلك كله أو يترك فان جاء شركاؤه أخذوا منه أو تركوا ان شاءوا فاذا عرض هذا عليه فلم يقبله فلا يرى له شفعة

بهذا أعلم وجه الصفة لذلك ولا يظهر عندى فيه وجه لثبوت الشفعة لانه ليس فيه تبعض لصفة
أحدهم والله أعلم وأحكم وقد قال ابن القاسم في الموازية وغيرها في الرجلين يشترى ان حصة رجل من
أرض ليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لما ذكرناه من اشتراكهما في المبيع
والصفة وقد قال أشبه له أن يأخذ حصة أحدهما قال محمد وأحب إلينا وقاله سحنون (مسئلة)
ولو بيعت حظا من دارين من رجل واحد ولكل حظ شفيع فلكل واحد منهما أخذها هو شفيع
فيه دون ما لا شفعة فيه يفيض الثمن بينهما ثم يأخذ بالشفعة ولو أخذ بالشفعة قبل معرفة ما يصيب ما يأخذ
من الثمن لكان أخذه باطلا قاله ابن القاسم وأشبه وجه ذلك أنه إنفاذ البيع بثمن مجهول وذلك
غير جائز ومعنى ذلك عندى على مذهب من يرى الشفعة يبعان ينفذ الأخذ بالشفعة فيلزم الشفيع
والمشتري وأما قول الشفيع قد أخذت بالشفعة ولم يعرف الثمن فإنه ليس بأخذ لازم له وله الخيار
إذا عرف الثمن ولكن له تأثير في أخذ الشفعة والله أعلم وأحكم

﴿ ما لا تقع فيه الشفعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عمار عن أبي بكر بن خرم أن عثمان بن عفان قال إذا وقعت الحدود
في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في خل الخل ﴾ قال مالك وعلى هذا الأمر عندنا * قال
مالك ولا شفعة في طريق صلح القسم فيها أولم يصلح * قال مالك والأمر عندنا أنه لا شفعة في عرصة
دار صلح القسم فيها أولم يصلح * ش قوله وإذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها على ما تقدم
من أنه لا شفعة للجار لأن الحدود إذا ميزت حق كل واحد منهم بالقسمة فقد خرجوا عن حكم الشركة
إلى حكم المجاورة والحديث الذي ورد أن الجار أحق بصقبه لأنه محمول على الشريك بدليل قوله صلى
الله عليه وسلم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة وهذا واضح في ذلك

(فصل) وقوله ولا شفعة في بئر يريد والله أعلم بئر لا أرض لها مشاعة ولا يقسم ماؤها وانما هي من
آبار الشفة أو آبار سقي الأرض إلا أن الأرض قد بيعت دونها أو قسمت وفي المدونة عن مالك فبن قاسم
شريكه الأرض والخل ثم باعه نصيبه من العين فلا شفعة فيه ولو لم يقاسمه الخل والأرض حتى باع
نصيبه من العين لكان له الشفعة فيها ومعنى ذلك والله أعلم أن البئر والعين لما لم يكن فيهما شفعة
بنفسهما فإذا كانت تبعهما فيه الشفعة حتى تكون منفعتها مصروفة إليها وتكون صفة من صفاتها
نبتت فيها الشفعة وإذا لم تكن تبعها فلا شفعة فيها والله أعلم وأحكم (مسئلة) وآبار الخل وعيونها
على ضربين منها ما يكون عدداً يحتمل القسمة ومنها الواحدة التي لا تحتمل القسمة فأما ما يحتمل
القسمة ففي المجموعة والموازية في الأرض بين الرجلين لها بئران أو عينان فاقسما البئرين أو العينين
خاصة فباع أحدهما عينه أو بئره وحصة الأرض فإن للشفيع الشفعة في الأرض دون البئر بما يصيب
الأرض من الثمن تقوم الأرض بلا بئر والبئر بلا أرض وقال في كتاب محمد ولو باع البئر دون أرض
فلا شفعة فيها وجه ذلك ما قدمناه أن المبيع مقسوم فلا شفعة فيه وأما أن كانت بئرا واحدة فلا يصلح فيها
قسمة ولا شفعة فيها الأعلى قول من يرى الشفعة في الخل الواحدة والشجرة الواحدة ولم أر أحدا
من أصحابنا صرح بذلك وإن كان قياس ما قدمناه واتفقوا على أنه إن كانت الأرض باقية على الاشاعة
فالشفعة فيها وإن أفردت بالبيع وإن كانت أرضها مقسومة ولا أرض لها فلم يجعلوا الشفعة فيها لنفسها
على هذا القول وانما جعلوا الشفعة فيها بسبب الأرض وصرف جميع منافعها إليها وعلى هذا كان

﴿ ما لا تقع فيه الشفعة ﴾

* قال يحيى قال مالك عن

محمد بن عمار عن أبي

بكر بن خرم أن عثمان بن

عفان قال إذا وقعت

الحدود في الأرض فلا

شفعة فيها ولا شفعة في بئر

ولا في خل الخل * قال

مالك وعلى هذا الأمر

عندنا * قال مالك ولا

شفعة في طريق صلح

القسم فيها أولم يصلح * قال

مالك والأمر عندنا أنه لا

شفعة في عرصة دار صلح

القسم فيها أولم يصلح

يجب أن لا تكون الشفعة في العدد الكثير فيما اذا لم يكن لها أرض وان احتمل القسمة واذا ثبتت الشفعة في الكثير فيها لأنها أصل ثابت وجبت الشفعة في كثيرها اذا انفردت عن الأرض وفي الواحدة منها وان انفردت على قول من يرى الشفعة في الشجرة الواحدة ولا يرى الشفعة فيها على قول ابن القاسم الا اذا اتصل بهما من الأرض ما يحب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقد تكون العين الواحدة لا تحتل رقبتهما القسمة ويكون ماؤها يقسم بالقاد ففي العتية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك ان الشفعة في ماؤها وان لم يكن ملاكها شركاء في الأرض التي تسقى بتلك العين وأهل كل قلد يتشافعون بينهم دون اشراكهم وقال أشهب في المجموعة لا شفعة فيها اذا قسمت الأرض وجه القول الأول ان هذا أصل ثابت يخرج منه عين من المنفعة مقصودة يتبع أصله بمجرد العقد فتثبت فيه الشفعة كالثمره ووجه قول أشهب يجوز ان يكون على قول من لا يرى الشفعة في الثمرة ويحتمل أن لا يجعل العيون والآبار مما تثبت فيه الشفعة لان آحاده لا تحتل القسمة كالأرض التي لا تحتل القسمة وانما تثبت فيها الشفعة على وجه التبع اذا كانت من صفات الأرض على ما تقدم

قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على انه فيها خيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة

(فصل) وقوله ولا شفعة في فحل النخل يريد والله أعلم أن تكون نخلة واحدة يحتاج اليها التلقيح الحائط فان كان الحائط مشتركين أرباب الفحل فحكمهم حكم العين أو البئر لها أرض مشتركة وان لم يكن مع النخلة من الفحل حائط يلحق بها فحكمهم حكم النخلة الواحدة وفي الموازية عن مالك اذا قسم الحائط وبقى الفحل والنخلان ولا يقدر أن يقسم فليس ذلك شفعة وقال ابن القاسم في المدونة لا شفعة في النخلة الواحدة لأنها لا تنقسم ورواه ابن حبيب عن مطرف في الشجرة وقال ابن الماجشون فيها الشفعة لأنها من الأصول الثابتة وبه قال أشهب وأصبغ وذلك مبني على اثبات الشفعة فيما لا ينقسم من الأصول الثابتة كالدار الصغيرة وما أشبه ذلك

(فصل) وقول مالك لا شفعة في طريق صلح القسم فيها أو لم يصلح وقد قال في الموازية لا شفعة في طريق ولا عرصه وان صلح فيها القسم ومعنى ذلك أن الطريق لا شفعة فيها لأنها مبنية على الاشتراك في المنافع على صورتها ولذلك لم يثبت فيها شفعة كمجرى الماء وقال مالك في المدونة لا يرى أن يقسم مجرى الماء وقال ابن القاسم لا يقسم الطريق اذا أبي ذلك أحدهم وهذا يقتضي معنى الشفعة فيه على حسب ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما عرصه الدار ففي الموازية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك اذا قسمت البيوت وبقيت العرصه فلا أحدهم يبيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصه ووجه ذلك ما قدمناه من أن حكمها حكم الاشاعة وقد خرجت عن أن تكون تبعا للبيوت التي فيها الشفعة بقسمة البيوت ص قال مالك في رجل اشترى شقصا من أرض مشتركة على أنه فيها بالخيار فأراد شركاء البائع أن يأخذوا ما باع شريكهم بالشفعة قبل أن يختار المشتري ان ذلك لا يكون لهم حتى يأخذ المشتري ويثبت له البيع فاذا وجب له البيع فلهم الشفعة ش معنى ذلك أن البيع اذا كان على وجه اللزوم تثبت فيه الشفعة لانه قد كمل وانتقل به البيع الى ملك المبتاع واذا كان على وجه الخيار فالمبيع باق على ملك البائع فلا تثبت الشفعة مع بقاءه على ملك البائع قال مالك وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري قال ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان الخيار لاجنبي (مسئلة) ولو باع أحد الشركاء في مدة الخيار ففي الموازية من رواية أصبغ عن ابن القاسم ان من صار اليه الشخص يبيع الخيار له الشفعة

في بيع البتل سواء صار الى البائع أو المشتري ورواه ابن حبيب عن مطرف قال ابن المواز ذهب
ابن القاسم الى أن الشفعة للبائع بالخيار في بيع البتل نفذ بيع الخيار أو رد وقاله أصبغ وقال أشهب
الشفعة لمبتاع البتل فيما يبيع بالخيار وجه قول ابن القاسم ان هذا مبني على أن البيع في مدة الخيار
مر اى فان نفذ البيع علم أنه قد انتقل المبيع بعد البيع الى المشتري وان رد علم أنه كان باقيا على ملك
البائع فبين بانفاذ البيع أو رد مستحق الشفعة في بيع البتل يوم العقد ووجه قول أصبغ انه مبني
على أن المبيع باق في مدة الخيار على ملك البائع فهو أحق بالشفعة فان نفذ البيع بعد ذلك فانما هو
بيع حاضر بعد وقوع البتل فالشفعة في بيع البتل للبائع كما لو تقدم فيه الخيار وباع حصته بعد البيع
وأما قول أشهب فبني على أن عقد الخيار قد منع البائع الشفعة لعقده في حصته عقد بيع البتل فلا
شفعة له فاذا نفذ البيع بعد انقضاء مدة الخيار كان لمشتري البتل الشفعة فيما أنه لم يبع ذلك من بيع
الخيار (مسئلة) ولو سلم الشفيع شفيعته في مدة الخيار لم تبطل شفيعته وكان له الأخذ بها اذا تم البيع
من كتاب ابن المواز وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة
فالشفعة لمشتري البتل فيما يبيع بالخيار لان بيع الخيار انما يثبت يوم يختار وقاله أشهب فتعلم رواية
ابن المواز على أن الشفيع في بيع الخيار ليس له الأخذ ولا التسليم قبل لزوم العقد ومعنى قول ابن
الماجشون أن البائع بالخيار ترك الأخذ بالشفعة التي وجبت له بالبيع البتل مع بقاء ماباعه بالخيار على
ملكه فاذا سلمه قبل لزوم بيع الخيار أو بعده فعقد المبتاع بالبتل قبل لزوم بيع الخيار فله أن يأخذ
بالشفعة ما لزم ونفذ فيه البيع بعده والله أعلم وقد اختلف مالك في أصل بني عليه هذه المسئلة وهو
فمين وجبت له شفعة فباع نصيبه من ذلك الملك ففي كتاب ابن حبيب عن أشهب انه اختلف في ذلك
قول مالك قال وأحب الى أن لا شفعة له بعد بيعه وقال أحمد بن ميسر لا شفعة له بعد أن باع إلا أن يبقى
له بقية أخرى لان أصل الشفعة لما يدخل من الضرر من تضيق الواسع وخراب العامر وهذا ليس
له شيء يلحقه ذلك فيه وما أظهره من علته الشفعة ليس بشئ لان مثل هذا يلحق بالشركة فيما ينقل
ويحول ولا شفعة فيه وروى عيسى عن ابن القاسم في العتية اذا باع ولم يعلم بشفعته فله الشفعة
وتكون عهده على المبتاع وقال ابن المواز سواء باع من شريكه أو غيره بيتان وجبت له الشفعة
فشفعته قائمة (مسئلة) ومن ابتاع شقفا فوجد به عيبا وأراد رده وأراد الشفيع أخذه وقال أنا
أرضى بعيبه فلم يمتنع رده ولا شفعة للشفيع قاله أشهب في المجموعة وروى يحيى بن يحيى عن ابن
القاسم في العتية فمين ابتاع دارا فردها بعيب دلس فيه به ثم استحق نصفها بعد ان ردها فالشفعة له
ان شاء من حساب جميع الثمن فوجه قول أشهب أن المبتاع يقول لأرضى بأن يثبت على عهدة
معيب وقد ثبت لي خيار الرد فلا تثبت الشفعة له كالبيع بالخيار ووجه قول ابن القاسم انه يبيع
نقل المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري فثبتت فيه الشفعة كما لو لم يجد به العيب (مسئلة)
وهذا ان أراد أن يأخذ بالبيع دون الرد بالعيب فتكون عهده على المشتري ولو أراد أن يأخذ
بالرد بالعيب فتكون عهده على البائع فأما من قال من أصحابنا ان الرد بالعيب نقض للبيع من
أصل البيع أو نقض له من وقت الرد بالعيب فلا شفعة فيه والله أعلم (فرع) قال ابن المواز أجمع
مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري قال القاضي أبو محمد سواء أخذ بالشفعة قبل قبض
المشتري الشقص أو بعده وقال ابن أبي ليلى العهدة على البائع على كل وجه وقال أبو حنيفة هي
على من يؤخذ الشقص منه من بائع أو مشتري ووجه ذلك أن المبيع يحصل في ملك المشتري بنفس

قال مالك في الرجل يشتري
أرضاً فتمكث في يديه حيناً
ثم يأتي رجل فيدرك فيها
حقاً بمرات أن له الشفعة
أن ثبت حقه وإن ما غلت
الأرض من غلة فهي
للمشتري الأول إلى يوم
يثبت حق الآخر لأنه قد
كان ضمنها له ذلك ما كان
فيها من غراس أو ذهب به
سبل قال فان طال الزمان
أو هلك الشهود أو مات
البائع أو المشتري أو هما
حيان فنسي أصل البيع
والاشتراك، لطول الزمان
فان الشفعة تنقطع ويأخذ
حقه الذي ثبت له وإن كان
أمره على غير هذا الوجه
في حدائنه العهود وقر به وأنه
يرى أن البائع غيب
الغنم وأخفاء ليقطع
بذلك حق صاحب الشفعة
قومت لأرض على قدر
ما يرى أنه ثمنها فيصير ثمنها
إلى ذلك ثم ينظر إلى ما زاد
في الأرض من بناء أو
غراس أو عمارة فيكون
على ما يكون عليه من
إبتاع الأرض بثمن معلوم
يوم بنى فيها أو غرس ثم
أخذها صاحب الشفعة
بعد ذلك

العقد للزوم ومنه ضمانه قبل القبض وبعده فيجب أن تكون عهدة الشفيع عليه لأن الملك إنما
ينتقل عنه إليه (مسئلة) وإذا أقلس مبتاع الشقص فقال ابن القاسم الشفيع أحق به ويدفع
الغنم إلى البائع ووجه ذلك أن البائع لا يكون أحق بعين ماله إلا مع عدم الغنم الذي له وقد تعلق
حق الشفيع به بنفس ابتياع المفلس له فكان الشفيع أحق به وإذا رجع الشقص إلى البائع
فللشفيع الشفعة لأنه يبيع جديد قاله سحنون ووجه ذلك أن إرجاع البائع لمبايع عند مفلس المفلس
ينقل المبيع من ملك المشتري ويرده إلى ملك البائع فكان ذلك تبعاله حكم المبيع وتثبت فيه الشفعة
والله أعلم وأحكم ولو سلم الشقص وأراد محاصة الغرماء بالغنم فباعه الإمام للغرماء ففي العتية عن
أشهب فيه الشفعة والله أعلم وأحكم ص قال مالك في رجل يشتري أرضاً فتمكث في يديه
حيناً ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً بمرات أن له الشفعة أن ثبت حقه وإن ما غلت الأرض من غلة
فهو للمشتري الأول إلى يوم يثبت حق الآخر لأنه قد كان ضمنها له ذلك ما كان فيها من غراس أو ذهب
به سبل قال فان طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هما حيان فنسي أصل
البيع والاشتراك لطول الزمان فان الشفعة تنقطع. ويأخذ حقه الذي ثبت له وإن كان أمره على
غير هذا الوجه في حدائنه العهود وقر به وأنه يرى أن البائع غيب الغنم وأخفاء ليقطع بذلك حق
صاحب الشفعة قومت الأرض على قدر ما يرى أنه ثمنها فيصير ثمنها إلى ذلك ثم ينظر إلى ما زاد في
الأرض من بناء أو غراس أو عمارة فيكون على ما يكون عليه من إبتاع الأرض بثمن معلوم يوم بنى
فيها أو غرس ثم أخذها صاحب الشفعة بعد ذلك ص ومعنى هذا أن من اشترى أرضاً ثم استحق
رجل بعضها بمرات أو غيره من إبتيع أقدم من إبتيع المستحق من يده أو غير ذلك من وجوه
الاستحقاق المتقدمة فان المستحق يقضى له بما استحق من الدار قال ويكوره أن يأخذ باقيها بالشفعة
قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتية ولو كان المبتاع قد رد ما بقي بيده من الدار إلى البائع لما
استحق منه نصفها لكان للشفيع الأخذ بالشفعة لا يقطع شفعته رد المبتاع إلى ما بقي بيده إلى البائع
ووجه ذلك أن ملك المستحق أقدم من أمد البيع وقد نقل البيع ما بقي فيها إلى ملك المبتاع فثبت
بذلك حق الشفعة للشفيع فلا يبطلها مردها إلى البائع كما لو أقاله من جميع الشقص المبيع
(فصل) وقوله إن ما غلت الأرض من غلة فهي للمشتري ووجه ذلك أن ذلك كان في ملكه ومن ضمانه
ولو تلف جميعها أو هلك ما فيها من غراس أو ذهب به سبل فوجب أن تكون الغلة له يريد ما كان له حكم
الغلة مثل الثمرة وما لم يكن من جنس الأصل وأما ما كان من جنس الأصل مثل الودي فانه مثل ولد
الحيوان فله حكمه في الرد بالعيب والاستحقاق وقد تقدم حكم الثمرة لما أخذ بالشفعة وأما ما أخذ
بالاستحقاق فان اشتراها المشتري ولا ثمر فيها لم يثر ثمن استحقاقها وفيها ثمرة أبرت أو أزدت فهي له وعليه
ما أنفق وسنق المشتري ما لم تفت بجدها أو ييس فلا شيء له فيها وهي للبائع ولو كانت الثمرة يوم
اشتراها المشتري مزهية أو مأبورة فقد قال ابن الموازي للمشتري كيف كانت ولو ييس أو وجدها
المشتري أو باعها أو أكلها الغرم المكيلة أن عرفها أو قبيتها (مسئلة) وأما ضمان ما تلف من النخل
فان معنى ذلك أنه لا يرجع بثمنه على البائع منه ولكن لو أراد المستحق أن يغرّمه ثمن ذلك أو قبيته
لم يكن له ذلك وسواء تلف ذلك بفعل المشتري أو بغير فعله ولو قلع النخل أو طعمها أو كانت داراً
فهدمها لم يكن للمستحق إلا أن يأخذها كما هي ولا يتبع المشتري بشيء مما هدم إلا أن يكون النقص
حاضراً فمأخذها أو يرجع على البائع بثمن ما استحق ووجه ذلك أنه تصرف في ملكه بما يجوز له فلم يكن

عليه ضمان لسلامته من التعدي (مسئلة) ولو أن المشتري وهب بعض الدار أو النخل بعد أن قلها لم يكن للمستحق أن يرجع بها عليه وإنما يرجع بها أن شاء على الموهوب له فيأخذ منه النقض أن وجهه عنده أو حصته من الثمن من البائع قاله أشهب وابن القاسم ووجه ذلك ما قدمناه ولو تعدي أجنبي فهدمها عند المبتاع ثم استحققت لكان للمستحق أن لا يتبع المتعدي لانه أتلف ماله على وجه التعدي فكان له أن يضمه سواء علم انه له أو لم يعلم بذلك

(فصل) وقوله ولو طال الزمان أو هلك الشهود أو مات البائع أو المشتري أو هاجران فنسي أصل البيع لطول الزمان لبطلت الشفعة ولم يبطل الاستحقاق يريدان لطول الزمان تأثير في ابطال الشفعة فإذا أتى من طول الزمان ما يبيد فيه الشهود وبادوا لم يبيح ذلك بالشهاد على شهادتهم حتى لم يمكن اثبات ثمن المشتري فإن الشفعة تبطل بثلاثة أوجه أحدها طول الزمان فإن له تأثير في ابطال الشفعة ولذلك قلنا انه إذا مضى قدر سنة مع حضور الشفيع بطلت شفيعته والثاني ان الظاهر تركه الطلب بها على وجه ما يطلب بذلك ولم يصرف النظر الى ذلك حتى طال الزمان ومضت المدد التي لا يكافيها ذوالحق عن النظر في الطلب لحقه فإن الظاهر تركه للشفعة ولهذا أيضاً تأثير في ابطال الشفعة ولهذا ثبتت فيما قرب من المدد دون ما بعد منها والثالث انه ان لم يثبت الثمن وجهل فإن له تأثير في ابطال الشفعة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فممن تصدق على أخته له بمحصة من قرية وقال كنت أصبت من مورثها ما لا أعلم بقره انه لا شفعة في ذلك لأن الثمن لا يعرف قال سحنون لانه ليس ببيع ولا يعرفه المقر له ولا يطلبه ولو كان عن شيء يدعيه ويطلبه فصوله لكان كالبيع ثبتت فيه الشفعة بالقيمة وان لم يسم الثمن فإذا اجتمعت هذه الوجوه كان لها تأثير في ابطال الشفعة فلي هذا لطول المدة أحوال منها أن تطول جداً حتى يأتي من المدة ما يبيد فيها الشهود وينسى الثمن فهذا يبطل شفعة الغائب والحاضر وما حو أقصر من ذلك من المدة تبطل فيها شفعة الحاضر دون الغائب وهي على ما تقدم ومادون ذلك من المدة تجب الممين فيها على الحاضر انه مات ترك فيها القيام تركا لشفعته ويكون له الاخذ بالشفعة وما هو أقرب من ذلك له فيه الاخذ بالشفعة دون يمين

(فصل) وقوله وان كان أمده على غير ذلك ورأى ان البائع غيب الثمن ليقطع الشفعة فالشفعة ثابتة يريد أن اخذاء قدر الثمن وجنسه بمنجرده لا يقطع الشفعة وانما يقطع ذلك اخفاء قدر الثمن وجنسه لطول المدة ولو كان الجهل بالثمن يبطل الشفعة لانه في المتبايعان على كتمانها وبطلت الشفعة وثبت الضرر وهذا باطل باتفاق

(فصل) وقوله قومت على قبر ما يرى انه ثمنها فيصير ذلك ثمنها يريد انه اذا أخفى المتبايعان الثمن فالشفعة ثابتة بقيمة الشقص لانه اذا لم يعرف العوض أو كان مما لا قيمة له فالشفعة تجب بقيمة الشقص وهذا حكم الشقص ينسحب به أو يحال به أو ما جرى مجرى ذلك فانه انما يأخذ الشفيع بقيمة ما كان عوضه لاقية له فكذلك اذا جهل ثمنه والله أعلم واحكم ص قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة ش وهذا على ما قال ويحتمل قوله والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي أن يكون الميت قد خلف ورثة فباع بعضهم أو جميعهم فبأن الورثة ان باع بعضهم أو لمن شركهم ان باع جميعهم الشفعة فعلى هذا يكون معنى قوله الشفعة ثابتة في مال الميت أي في المال الذي كان للميت وانتقل عنه بوراثه ويحتمل أن يريد أنه بقي على حكم الميت اما الدين لزمه يباع فيه ماله أو لوصية تعلقت

قال مالك والشفعة ثابتة في مال الميت كما هي في مال الحي فإن خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه فليس عليهم فيه شفعة

به وقد قال في المجموعة في ميت لحقه دين فباع عليه الامام أرضه من ايدة فقال أحد الورثة بعد البيع أنا أودى من الدين بقدر ما على وأخذ بقية نصيب شركائي بالشفعة فان كان في بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك فله ذلك والا فلا شفعة له * قال القاضي أبو الوليد رحمه الله ومعنى ذلك عندي انه ان أوفى ثمن الأرض بالدين فان للورثة أن يقضوا دينه من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فان ساهم بعضهم فمن تمسك بحظه منها له الشفعة فيما ساهم سائر الورثة لانهم في الحقيقة بائعون وهو شركائهم متمسك بحظه فله الشفعة فيما يبيع من سهام سائر الورثة وان قصر ثمن الأرض عن الدين فليس للورثة أن يخرجوا قدر الثمن من أموالهم ويتمسكوا بالأرض فانهم في ذلك كسائر الناس فان زادوا على ما أعطى غيرهم بالأرض اشتروا الأرض وان كان بعضهم زاد وامتنع بعضهم من ذلك فن زاد منهم مشتر لا وارث فلا شفعة له مع من شركه من الشركاء من أجنبي أو وارث وان لم يزيدوا على ما أعطى غيرهم فن أعطى أولا ذلك الثمن فهو أحق به والورثة والاجنيون في ذلك سواء وقال أشهب في الموازية والمجموعة في المتوفى يعيط الدين بماله ليس للغرماء أخذ شفعة وللورثة أخذها فان أخذوها بمال الميت فالغرماء الثمن والفضل حتى يستوفوا حقوقهم فابقى فالورثة فان أخذوها بمالهم فان كانت تساوى أكثر من الثمن يبعث وقضى بالفضل دينه وان لم تبلغ الا الثمن أو أقل لم تبح عليهم وقال ابن عبدوس عن سحنون مالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب وكان يعجب به سحنون ويراه أصلا وقاله المغيرة قال سحنون قال مالك يبدأ بالورثة فيقال لهم ان قضيتم الدين فلكم الشفعة لان الميراث بعد الدين فان أبوا يبيع ميراث الميت لدين فلا شفعة لهم لان الشقص الذي يشفع به قد بيع ولم يملكوه في مال ولا حلاوا محل الميت لتبريهم من تركته قال المغيرة واذا أبى الورثة أن يقضوا الدين وأحبوا أن يباع المال فان كان فيه فضل وورثوه فلا شفعة لهم ولا للغرماء لان الغرماء لا يملكون الشقص الذي ثبتت به الشفعة وهذه المسئلة وان كان فيها معنى التفسير الذي قلناه في المسئلة كلها نظر لان الشفيع ليس له أن يأخذ بالشفعة لبيعها وفي هذه المسئلة أخذ الشقص بالشفعة لبيعها وقد قال أشهب في الموازية والمجموعة لو قال قائل ليس لمن أحاط به الدين شفعة لانه انما يأخذ لبيعها في دينه ما عقبه وقال سحنون انما ذلك لان المناس محجور عليه يريد والله أعلم انه يبيع عليه بالحكم ويؤخذ له من الشفعة ما فيه الاصلح له في أداء دينه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهذا الباب مبنى على ان حق الشفعة موروث وبه قال الشافعي ومنع منه أبو حنيفة والدليل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الشفعة فيما لم يقسم وهذا عام ومن جهة المعنى أن هذا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فوجب أن ينتقل الى الورثة كخيار الرد بالعيب (مسئلة) ولو أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره فلا شفعة للورثة اذا كان الميت باع قاله سحنون في العتبية والاطهر عندي في هذه المسئلة تبوت الشفعة لان الموصى لهم وان كانوا غير معينين فهم أشركاء بالثمن بعد ملك الورثة بقية الدار وقد بلغني ذلك عن ابن المواز والله أعلم

(فصل) وقوله فان خشي أهل الميت أن ينكسر مال الميت قسموه ثم باعوه ولا شفعة فيه يريد أن يبيع الجزء من المشاع فدينقص من ثمنه عن ثمنه لوميز بالقسمة للضرر بالشركة ولما يخاف من الشفعة فقد يمتنع الراغب في الملك من شرائه اذا عرف ان له شفعيا يأخذ الشفعة لانه ليس في التعرض لشرائه الا تبوت العهدة عليه للشفيع والعناء في النقد والانتقاد وعقد عهدتين احداهما له والاخرى عليه وقد يشترى من فقير فلا يجد على من يرجع بالثمن ان استحق الشقص يوما فيز يد في ثمن المقسوم

المعين لانه لا يؤخذ منه بشفعة بل يسلم له ما اشترى ويسلم من ضرر الشركة والله أعلم ص **قال**
مالك ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب ولا
في بئر ليس لها بياض انما الشفعة فيما يصلح ان ينقسم ويقع فيه الحدود من الارض فاما ما لا يصلح فيه
القسم فلا شفعة فيه **ش** معنى ذلك والله أعلم ان ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض
لا شفعة فيه لما قدمناه من ان غلبة ثبوت الشفعة معدومة فيه وهذا في بيعها مفردة واما اذا كانت تبعا
لغيرها كازريق والدواب لتعمير الأرض والحائط في العتبة من ر واية عيسى فحين اشترى شقفا
من حائط وفيه رقيق ودواب فليأخذ الشفعة مع رقيقه ودوابه اذ لم يكن للحائط منهم يد زاد في
كتاب محمد ولو اقسام الحائط أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة فلا شفعة لاحد فيه ووجه ذلك
انهم بعض صفات الحائط لانه لا يكون على تلك الصفة الا به فهم منه على وجه التبعية له (فرع) فاذا
قلنا لم أخذ ذلك بالشفعة فلان المشتري وهبهم أو باعهم فان الشفعة أخذ الحائط وما بقي بحصته من
الثمن ولو ماتوا فله أن يأخذ النقص بجميع الثمن أو يترك ووجه ذلك أن الرقيق لما كانا بضع
صفات الاصل فان أنلف المشتري أعيانهم لم تقسب الثمن وان ماتوا لم يكن له أن يأخذ الباقي
الا بجميع الثمن كمالو قطع النخل وباع جذوعها أو وهبها للزمن تقسب الثمن وأخذ ما بقي بحصته منه
ولو بيعت الاصول أو احترقت لم يكن له أن يأخذ الباقي الا بجميع الثمن والله أعلم (مسألة)
والنخل والنقص انما تثبت فيه الشفعة اذا كان على حكم التبقية لانه من الاصول الثابتة فاذا بيع
شيء من ذلك على القلع فلا شفعة فيه قاله ابن القاسم في الموازنة والمجموعة فيمن ابتاع نخلة على القلع
ثم اشترى الارض بعد ذلك فأقرها فاستحق رجل لنصف ذلك كله فان له أن يأخذ نصف ذلك بالشفعة
بنصف الثمن **قال** أصبغ والى هذا رجع ابن القاسم وقال سحنون وابن القاسم فيمن اشترى نقض
دار على القلع ثم اشترى العرصة أو اشترى العرصة ثم اشترى النقض واستحق رجل نصف الدار
انه يأخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن ونصف النقض بقيمته قائما وأنكرهذا سحنون وطرحه
وقال قد أبطل الشفعة ههنا في النقض وقال أشهب الشفعة في الأرض دون النخل والبناء **قال** أصبغ

قول ابن القاسم أصوب وعليه أصحابنا

(فصل) وقوله انما الشفعة فيما يقسم وتقع فيه الحدود من الأرض يريد ما يقسم بالحدود وذلك بما
يحتص بالأرض واما ما لا يصلح فيه القسمة على الوجه المذكور فلا شفعة فيه وهذا على ضربين
أحدهما ما ليس من جنس ما تثبت فيه الشفعة كالذي ذكره من الحيوان والعروض التي تنقل
وتحول ولا خلاف بين الفقهاء اليوم في منع الشفعة فيه وانما روى اثبات الشفعة فيه عن ابن أبي ليلى
والثاني أن يكون من جنس ما تثبت فيه الشفعة الا انه لا ينقسم بالحدود الا بضرر كالحمام والدار
الصغيرة والانداس والبقعة الصغيرة من الأرض التي ان قسمت لم يصب أحد الشركاء أو بعضهم الا ما لا
ينتفع به ص **قال** مالك من اشترى أرضا فيها شفعة لناس حضور فليرفعهم الى السلطان فاما ان
يستحقوا واما أن يسلم له السلطان فان تركهم فلم يرفع أمرهم الى السلطان وقد علموا باشرائه فتركوها
ذلك حتى طال زمانه ثم جاؤا يطلبون شفعتهم فلا يرى لهم ذلك **ش** ومعنى ذلك ان من اشترى
أرضا لها شفعة حاضر فانه ان أراد قطع خيار الشفعة رفعه الى السلطان فوقفه فاما أن يستحق
ومعناه يأخذ بشفعته واما أن يسلم له السلطان معناه يحكم عليه بابطال شفعته ان لم يأخذ بالشفعة أو أراد
من تأخير الثمن ما ليس له **قال** الشيخ أبو بكر انما يرفع الى الحاكم ليأخذ أو يترك لان المشتري يحتاج

قال مالك ولا شفعة عندنا
في عبد ولا وليدة ولا بيع
ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء
من الحيوان ولا في ثوب ولا
في بئر ليس لها بياض انما
الشفعة فيما يصلح ان ينقسم
وتقع فيه الحدود من
الأرض فاما ما لا يصلح
فيه القسم فلا شفعة فيه
* قال مالك من اشترى
أرضا فيها شفعة لناس
حضور فليرفعهم الى
السلطان فاما أن يستحقوا
واما أن يسلم له السلطان
فان تركهم فلم يرفع أمرهم
الى السلطان وقد علموا
باشرائه فتركوها ذلك حتى
طال زمانه ثم جاؤا يطلبون
شفعتهم فلا يرى لهم ذلك

الى التصرف فيما اشتراه بالبناء والهدم والاصلاح فحتى طال عليه بقاء الشفيع عدم حكم الخيار وجوز
 أن يأخذ وان يترك أضر ذلك به ولا ينقطع خيار الشفيع معجلا لا بما ذكره من رفعه الى السلطان
 ويعجل الحكم له أو عليه (مسئلة) فاذا رفعه المشتري الى السلطان ليقطع خياره لم يحل أن يكون
 المالك حاضرا أو غائبا فان كان حاضرا وسأل أن يؤخر اليومين أو الثلاثة حتى يرى رأيه فليس ذلك له
 وليعجل الأخذ والترك في مقامه أو يسلم الحكم الى المشتري هذا الذي ذكره في كتاب ابن المواز وهو
 لأشهر في المجموعة وقال غيره اذا طلب الشفيع عند الامام الشفعة كلف الامام المبتاع اثبات شرائه
 فاذا ثبت أحلفه لقدنفق ماله من الثمن وما أعلن شيئا غيره ثم قيل للشفيع خذ أو سلم ولا يرجع من
 المجلس حتى يأخذ أو يسلم وقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم يؤخره السلطان اليوم واليومين
 والثلاثة لينظر ويستعجز ووجه ذلك انه خيار يضر بالمبتاع فليس للشفيع استدامته (مسئلة) ولو
 كان المالك غائبا فقال الشفيع آخرى أنظر اليه فان كانت غيبة المالك بعيدة فقد قال مالك في العتبية
 من رواية أشهب عن مالك ليس له ذلك قال ابن المواز شراء المشتري يغني الشفيع عن النظر لان
 المشتري انما اشترى على صفة أو عيان ولو كانت غيبة المالك قريبة كالساعة من النهار أخر لينظر اليه
 لانه ليس في ذلك ضرر على المبتاع لقرب المبيع (مسئلة) فاذا وقف الشفيع فترك الشفعة
 بطلت شفعته ولم يكن له القيام بها بعد هذا وان أخذ بالشفعة وطلب أن يؤجل بالثمن ضرب له الامام
 في ذلك أجلا يومين أو ثلاثة وان لم يضرب له أجلا فلا بأس به وقال مالك رأيت القضاة يؤخرونه
 هكذا وتبرأيت عن ابن الماجشون انه يؤخر عشرة أيام ونحوها وعن أصبغ يؤخر بقدر قلة المال
 وكثرته ويقدر عسره ويسره وأقصى ذلك شهر ثم لا أدري ما وراء ذلك (مسئلة) ولو أخذ
 الشفيع بالشفعة لما وقف له ثم بدله وأبى المشتري أن يقبله فقدر وي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم
 في العتبية ان ذلك لازم له الا أن يرضى المبتاع أن يقبله ووجه ذلك ان الأخذ بالشفعة عقد لازم
 كالبيع المجدد (مسئلة) وهذا كله انما هو اذا أوقفه الخاكم وأما لو أوقفه غير الخاكم والسلطان
 فانه على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك هو قاله ابن المواز ووجه ذلك ان التوقيف يفضي
 الى الحكم عليه بابطال شفعته وذلك لا يكون الا بعد حكم من له ولاية أو وقفه من لا ولاية له في الحكم
 لم يلزمه حكمه في هذا كما لا يلزمه في غير ذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو ساوم الشفيع المبتاع
 في الشقص أو اكتره منه أو ساقاه اياه قال ابن القاسم في الموازية ان ذلك تسليم للشفعة وقال
 أشهب لا يضره ذلك وهو على شفعته كما لو فعل ذلك بمحضه مع غيره لم تبطل بذلك شفعته وانفقا
 على انه لو قاسمه لبطلت بذلك شفعته والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 (كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

﴿ حدثني يحيى عن مالك ﴾
 انه قال الأمر المجمع عليه
 عندنا والذي أدركت
 عليه أهل العلم ببلدنا في
 فرائض الموارث ان
 ميراث الولد من والدهم
 أو والدتهم انه اذا توفي
 الأب أو الأم وترك ولدا
 رجالا ونساء فلذلك كرمثل
 حظ الاثنين فان كن نساء
 فوق اثنتين فلهن ثلثا
 ماترك وان كانت واحدة
 فلها النصف فان شرکہم
 أحد بفريضة مسماة وكان
 فيهم ذكر بدى بفريضة
 من شرکہم وكان ما بقى
 بعد

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الفرائض)

﴿ ميراث الصلب ﴾

ص ﴿ حدثني يحيى عن مالك أنه قال الأمر المجمع عليه عندنا والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا
 في فرائض الموارث أن ميراث الولد من والدهم أو والدتهم أنه اذا توفي الأب أو الأم وترك ولدا رجلا
 ونساء فلذلك كرمثل حظ الاثنين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك وان كانت واحدة فلها
 النصف فان شرکہم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكر بدى بفريضة من شرکہم وكان ما بقى بعد

ذلك بينهم على قدر مواريتهم * ش وهذا كما قال ان ميراث الولد من الأبوين على ضربين أحدهما أن يرثوا بالتعصيب وهو أن يكون الولد رجلاً ونساءً والثاني أن يرثوا بالفرض وهو أن يكن نساءً فإن ورثوا بالتعصيب وكانوا رجالاً فالمراث بينهم بالسواء لتساويهم في سبب استحقاقهم وصفتهم في أنفسهم وإن كانوا رجالاً ونساءً فلذلك كرم مثل حظ الأنثيين * والأصل في ذلك قول الله عز وجل يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأما ان ورث البنات بالفرض لانفرادهن فلا يخلو أن يكن واحدة أو أكثر من ذلك فإن كانت واحدة فلها النصف * والدليل على ذلك قول الله تعالى فإن كانت واحدة فلها النصف وإن كن اثنتين فالذي عليه جماعة الصحابة ومن بعدهم ان فرض البنتين فيزاد الثلثان وروى ابن عباس أنه قال فرضهما النصف ولم يثبت ذلك عنه والدليل على ضعف هذا القول الاجماع على خلافه ودليلنا من جهة المعنى ان كل نوع من النساء فرض واحدتهن النصف فإن فرض البنتين منهن الثلثان أصل ذلك الأخوات (مسئلة) فإن كان مع البنت أو البنات ذو فرض أو عصبة يستحق باقي المال دفع اليه وان لم يكن ذلك دفع باقي التركة الى بيت مال المسلمين ولم يرد على البنات ولا على ذي فرض من هذا على قول زيد بن ثابت وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومالك والشافعي وقدرى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه والمشهور عنه انه كان يرد ما فضل عن ذوى القروض على ذوى السهام من ذوى الأرحام وبه قال على بن أبى طالب وهو قول أبى حنيفة والنورى وأحمد إلا بن مسعود لم يرد على أربع مع أربع لم يرد على ابنة الابن مع ابن البنت ولا على الأخت للاب مع الأخت للاب والأم ولا على ولد الأم مع الأم ولا على الجدة مع ذوى الأرحام فإن انفرد عن الأربعين فلهن فوق اثنتين فلمن ثلثاً ماترك وقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فوجه الدليل من الآية أن الله تعالى جعل للأخت النصف وأبو حنيفة يجعل لها السكك ووجه آخر ان البارى جل وعز فرق بين الأخ والأخت وأبو حنيفة جعل حكمهما واحداً ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذو سهم لا تعصبله فلم يرد عليه كالزوجة والزوجة

ذلك بينهم على قدر مواريتهم

(فصل) وقوله فان شركهم أحد بفريضة مسماة وكان فيهم ذكراً يريدى الولد بدى بفريضة من شركهم يريدى البنات اذا كان معهن ابن ذكراً فانهم يرثون بالتعصيب فاذا شركهم من له فرض كأحد الأبوين أو الزوجة بدى بفريضة من شركهم لان الابن قد نزلها من الفرض الى حكم التعصيب فوجب تقديم القروض والأصل في ذلك ما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر ولو انفرد البنات لسكن من أصحاب الفرائض بيداً أن كما يبدأ غيرهن فان وسع الفرائض المال والادخل الفريضة العول في قول جميع الصحابة الاماروى عن ابن عباس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فيتعلى بهذا الفصل مسئلتان احدهما في بيان من يرث من الرجال والنساء والثانية في بيان الفريضة المسماة فأما المسئلة الأولى فان من يرث من الرجال عشرة وهم الابن وابن الابن وان سفل والأب والجدة وان علا والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوجة ومولى النعمة ومن النساء سبع وهن البنت وبنت الابن وان سفلت والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة * وأما الفرائض المقدرة المذكورة في كتاب الله عز وجل فستة النصف ونصف النصف وهو الربع ونصف الربع وهو الثمن والثلثان ونصف الثلثين

وهو الثلث ونصف الثالث وهو السدس (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالنصف فرض خمسة الابنوت بنت الابن اذا لم تكن بنت والأخت للاب والأم والأخت للاب اذا لم تكن أخت لأب وأم والزوج اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والرابع فرض اثنين الزوج اذا كان له ولد أو ولد ابن والزوجة اذا لم يكن للتوفي ولد ولا ولد ابن (مسئلة) والثلثان فرض كل اثنين فصاعدا من فرضه النصف وهو كل اثنين فصاعدا من البنات وبنات الابن والأخوات للاب والأم والأخوات للاب (مسئلة) والثلث فرض الأم اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن ولا اثنين من الاخوة أو الأخوات ويفرض في الغراوين ومما زوج وأبوان أو زوجة وأبوان للام ثلث ما بقي بعد فرض الزوج أو الزوجة والثلث فرض كل اثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات للام (مسئلة) والسدس فرض سبعة لكل واحد من الأبوين مع الولد وفرض الأم مع الاثنين فصاعدا من الاخوة والأخوات وفرض الجدات وفرض بنات الابن مع الابنة للصلب تكملة الثلثين وفرض الأخوات للاب مع الأخت للاب والأم تكملة الثلثين وفرض الأخ أو الأخت للام وفرض الجد مع الولد وله فرض مختلفة نذكر في بابها ان شاء الله

ص قال مالك ومنزلة ولد الأبناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذا كرههم وانثاهم كأنثاهم يرثون كما يرثون ويحبسون كما يحبسون * ش وهذا كما قال ابن ولدا الابن عند عدم الولد بمنزلة الولد لأنثاهم النصف وللثنتين منهما فزاد الثلثان ولذا كرهنا فزاد جميع المال وذكرهم يعصب أخته فيكون لهما جميعا المال للذكر مثل حظ الأنثيين فهذا في الميراث فأما في الحجب فهم أيضا بمنزلة الولد للصلب في الحجب وذلك ان حجب الولد ولد الولد على ضربين حجب هو منع من الميراث حمله وحجب هو رد من فرض الى فرض فأما منع الميراث حمله فان الابن يمنع الميراث ولد الابن والاخوة للاب والأم والاخوات للاب والاخوة للام ومنع الميراث كل عصبه لا فرض له من الأعمام وبنى العم وبنى الأخ وذلك ان كل من ورث بسبب فانه يسقط من كان أبعد منه ممن يرث بذلك السبب ويسقط من كان أضعف حاله في ذلك السبب وان كان القرب سواء فأما الأول فان الاخ يسقط ولد الأخ ومما يدلان بالاخوة والأخ أقرب من ابن الأخ والأب يسقط الجد لانهم يرثان بالأبوة والأب أقربهما وسيأتي ذكر الجد بعد هذا ان شاء الله تعالى واذا استكمل البنات الثلثين سقط ميراث بنات الابن الآن يكون معهن أو أسفل منهن ابن ابن يعصبن واذا استكمل الاخوات للاب والأم الثلثين سقط الاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لهن فيعصبن وقد ذكرنا حجب العصباء بعد هذا

(فصل) وأما الحجب عن بعض الفرض وهو الرد من فرض الى فرض فان الولد وولد الولد يرد الزوج الى الربع والزوجة الى الثمن والأم الى السدس والابن أو ابنة الابن يرد الأب والجد الى السدس والبنات يرد بنات الابن من الثلثين الى السدس وترد بنت الابن من النصف الى السدس والأخت للاب والأم ترد الاخوات للاب من الثلثين الى السدس والاخوات فزاد ذكرنا كانوا وانما يردان الام من الثلث الى السدس وترد الأخت للاب والام للاخت للاب من النصف الى السدس

ص قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في ولد الصلب ذكر فانه لا ميراث معه لأحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فأكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو ومن المتوفي بمنزلة ابن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلة ومن هو فوقه من بنات الأبناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

* قال مالك ومنزلة ولد الابناء الذكور اذا لم يكن ولد كمنزلة الولد سواء ذكرهم كذا كرههم وانثاهم كأنثاهم يرثون كما يرثون ويحبسون كما يحبسون * قال مالك فان اجتمع الولد للصلب وولد الابن فكان في الولد للصلب ذكر فانه لا ميراث معه لأحد من ولد الابن وان لم يكن في الولد للصلب ذكر وكانت اثنتين فأكثر من ذلك من البنات للصلب فانه لا ميراث لبنات الابن معهن الا أن يكون مع بنات الابن ذكر هو ومن المتوفي بمنزلة ابن أو هو أطرف منهن فانه يرد على من هو بمنزلة ومن هو فوقه من بنات الأبناء فضلا ان فضل فيقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ

الأثنين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وان لم يكن الولد للصلب الابنة واحدة فلها النصف ولا بنت ابنة واحدة كانت أو أكثر من ذلك من بنات الأبناء ممن هو من المتوفى بمنزلة واحدة السدس فان كان مع بنات الابن ذكر هو من المتوفى بمنزلة من فلا فريضة ولا سدس لهم ولكن ان فضل بعد فرائض أهل الفرائض فضل فان ذلك الفضل لذلك الذكر ولن هو بمنزلة ومن فوقه من بنات الابناء للذكر مثل حظ اذ اثنين وليس لمن هو أطرف منهم شيء فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وذلك ان الله قال في كتابه يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وان كانت واحدة فلها النصف قال مالك الاطرف هو الأبعد ~~ش~~ وهذا كما قال انه لا ميراث لابن الابن مع الابن لانه أقرب سببا منه الى الميت وهما يديان بالبنوة ولان ابن الابن يدلى بالابن ومن يدلى بعاصب فانه لا يرث معه وان عدم الابن وكانت ابنة واحدة فان ابنة الابن ترث معها السدس تكملة الثلثين لانه فرض يرثه البناتان فاذا وبنات الابن يقمن مقام البنات عند عدمهن فلما عدم من يستحق منهن السدس كان ذلك للبنت الابن فهي أولى بالسدس من الأخت الشقيقة وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين الا ما روى عن أبي موسى وسلمان بن ربيعة ان النصف للبنت والنصف للثاني للراخت ولا حق في ذلك للبنت الابن وقدر روى عن أبي موسى ما يقتضي الرجوع عن هذا القول وذلك ما رواه ذنيل بن شرحبيل سئل أبو موسى عن بنت وابنة ابن وأخت فقال للبنت النصف وللراخت النصف واثنان ابن مسعود فسيبنا يعني فبشلت ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين أقضى فيها بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للابنة النصف ولا بنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي للراخت فأنتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبر فيكم والدليل على صحة ذلك من جهة المعنى ان بنت الابن في هذه المسئلة ترث بالفرض والاخت ترث بالتعصيب ولا ميراث للعصبة حتى يستكمل ذوو الفروض ففروضهم (مسئلة) وسواء كانت بنت الابن واحدة أو أكثر ليس لهم الا السدس يشتركون فيه على السواء فان كان معهم ابن ابن في درجتهم أو أسفل منهم عصهن فكان النصف الثاني بينهما للذكر مثل حظ الاثنين بالاعمال بالغ وقال ابن مسعود ينظر فان كان لبنات الابن في المقاسمة السدس أو أقل من ذلك قسم بينهم للذكر مثل حظ الاثنين فان كانت حصص البنات بالمقاسمة أكثر من السدس فرض لهم السدس ويجعل الباقي لبني الابن وكذلك يقول في الاخت لاب وأم وأخوات وأخوة لاب وبه قال أبو ثور (مسئلة) فان كن بنات الصلب اثنتين فصاعدا حجب بنات الابن أن يرثن بالفرض لانه لا مدخل لبنات الابن أن يرثن بالفرض في غير الثلثين فان كان مع بنات الابن ابن ابن هو بمنزلة من الميت أو أبعد منه عصته فورثن معه بالتعصيب ما فضل عن ذوى الفروض للذكر مثل حظ الاثنين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم الآن هذا حكم الغصبة هذا قول جمهور الصحابة والتابعين وروى عن ابن مسعود انه لا يعصبن ذكر في درجتهم ولا أسفل منهم وينفرد بالميراث دونهن والدليل على ما نقوله ان كل جنس يعصب ذكورهم انما هم في جميع المنار فانه يعصبن فيما فضل منه كولد الصلب (مسئلة) وان كان الابن أقرب الى الميت حجبه عن الميراث لانه أقرب من يرث يرث بمثل سبب من التعصيب كالاخ مع ابن الاخ

(فصل) وقوله وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين على سبيل الاحتجاج على صحة ما قاله وبيان موضع ما ذكر من أحكام الموارث في كتاب الله عز وجل

الانثيين فان لم يفضل
شيء فلا شيء لهن وان لم
يكن الولد للصاب الابنة
واحدة فلها النصف ولابنة
ابنه واحدة كانت أو
أكثر من ذلك من بنات
الابناء ممن هو من المتوفى
بمنزلة واحدة السدس فان
كان مع بنات الابن ذكر
هو من المتوفى بمنزلتين
فلا فريضة ولا سدس لهن
ولكن ان فضل بعد
فرائض أهل الفرائض
فضل فان ذلك الفضل
لذلك الذكر ولمن هو
بمنزلة ومن فوقه من بنات
الابناء للذكر مثل حظ
الانثيين وليس لمن هو
أطرف منهم شيء فان لم
يفضل شيء فلا شيء لهن وذلك
ان الله تبارك وتعالى قال
في كتابه يوصيكم الله في
أولادكم للذكر مثل حظ
الانثيين فان كن نساء
فوق اثنتين فلهن ثلثا
ما ترك وان كانت واحدة
فلها النصف * قال مالك
الأطرف هو الأبعد

يترك المتوفى ولدا ولاولاد ابن ذكر افاته يبدأ بمن شرك الأب من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس خافوه كان للاب وان لم يفضل عنهم السدس خافوه فرض للاب السدس فريضة وميراث الأم من ولدها اذا توفي ابنها أو ابنتها فترك

المتوفى ولدا أو ولد ابن ذكر كرا كان أو أنثى أو ترك من الاخوة اثنين فصاعدا كورا كانوا أو أونا ثمان من أب وأم أو من أب أو من أم فالسدس لها وان لم يترك المتوفى ولدا ولا ولدا لابن ولا اثنين من الاخوة فصاعدا فان للام الثلث كاملا الا في فريضتين فقط واحدى الفريضتين أن يتوفى رجل ويترك امرأته وأبويه فلا امرأته الربع ولاتهما الثلث مما بقى وهو الربع من رأس المار والاخرى أن تتوفى امرأة وتترك زوجها وأبويه فيكون لزوجها النصف ولاتهما الثلث مما بقى وهو السدس من رأس المال وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه ولا بويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلاتهما الثلث فان كان له اخوة فلاته السدس السدس خضت السنة أن الاخوة اثنان فصاعدا مح ش وهذا كما قال ان ميراث الأم من ابنتي تنوع بنوعين على مذهب مالك وجهور الفقهاء أحد هما بالفرض وهو على ضربين الثلث مع عدم الولد وولد الابن والاثنين من الاخوة فصاعدا فأما مع وجود أحد من ذكرنا ففرضها السدس وروى عن ابن عباس أنه لا يحجب الأم من الثلث الى السدس الا الثلاثة من الاخوة فصاعدا والدليل على ما ذهب اليه الجمهور قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس ولفظ الاخوة واقع على الاثنين فرائد اعلى قولنا ان أقل الجمع اثنان (مسئلة) وسواء كان الولد أو ولد الابن ذكر كرا أو أنثى أو كان الأخوان لاب وأم أو لاب أو لام أو مفترقين أحد هما للاب والآخر للام فان كل ذلك يرد الأم من الثلث الى السدس والأصل في ذلك قوله تعالى ولا بويه لكل واحد منهما السدس ان كان له ولد فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس (مسئلة) ولو أن مجوسيا تزوج ابنته فولد له منها ولدان فأسلمت الأم والولدان ثم مات أحد الولدين ففي العتية للام السدس لأر الميت ترك أمه وهي أخته وترك أخاه فقحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث الى السدس فكأنه ترك أما وأخا واختا فحجب الأم عن الثلث (فصل) وقوله الا في فريضتين فقط يريدان حكم الأم في الفرض السدس أو الثلث على ما تقدم من ذكرنا لا يرت بغير هذين الفرضين ولا ينقص من واحدة منهما بغير عول الا في مسئلتين وهما زوج وأبوان وزوجته وأبوان وهما الغراوان فان مالسا وكو جماعة الفقهاء والتابعين جعلوا للام في المسئلتين ثلث ما بقى وانفرد ابن عباس بان جعل للام ثلث جميع المال وهذه من المسائل الخمس التي صح انفرد ابن عباس بها والثالثة منع العول والرابعة ان الأم لا تحجب من الثلث الى السدس من الاخوة الا بثلاثة وخامسة انه لا يجعل الاخوات عصبة مع البنات والدليل على ما تقدم قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث وهذا عام ومن جهة المعنى ان هذين أبوان دخل بينهما ذوسهم فوجب أن يكون للام ثلث ما بقى بعد السهم أصله اذا كان مع الأبوين بنت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الغراوين تكون على ثلاثة أوجه أحدها رجل توفي وترك زوجة وأبوين فان الفريضة من أربعة للزوج الربع وللأم الربع ثلث ما بقى وللأب النصف والوجه الثاني رجل توفي وترك زوجة وأبوين وأخا فان الفريضة من أربعة على ما تقدم والوجه الثالث امرأة توفيت وترك زوجا وأبوين فان الفريضة من ستة للزوج النصف بثلاثة وللأم ثلث ما بقى بسهم وهو السدس وللأب الثلث سهمان وهو ثلث ما بقى وسواء في هذه المسئلة كان مع الأبوين أخ أو أخوان أو أكثر أو لم يكن أخ وفي المسئلة الاولى اذا كان مع الأبوين اخوان فأكثر ولم يكن أخ فان الفريضة تكون من ستة للام السدس ولا يكون لها ثلث ما بقى لان الأخوين قد حجباها من الثلث الى السدس والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولا يجزى الجد في ذلك مجزى الأب فلو توفي رجل وترك أما

المتوفى ولدا أو ولد ابن
ذكرا كان أو أنثى وأترك
من الاخوة اثنين فصاعدا
ذكورا كانوا أو اناثا من
أب وأم أو من أب أو من أم
فالسدس لها وان لم يترك
المتوفى ولدا ولا ولدا ابن ولا
اثنين من الاخوة فصاعدا
فان الدم الثلث كاملا الا
في فريضتين فقط واحدى
الفريضتين أن يتوفى
رجل ويترك امرأته
وأبويه فلا امرأته الربع
ولامه الثلث مما بقى وهو
الربع من رأس المال
والاخرى أن تتوفى امرأة
وتترك زوجها وأبويها
فيكون لزوجها النصف
ولامها الثلث مما بقى وهو
السدس من رأس المال
وذلك أن الله تبارك وتعالى
يقول في كتابه ولا بويه
لكل واحد منهما السدس
مما ترك ان كان له ولدا فان
لم يكن له ولد وورثه أبواه
فلامه الثلث فان كان له
اخوة فلامه السدس فخصت
السنة أن الاخوة اثنان
فصاعدا

وجدوا زوجة لكانت الفريضة أيضاً من اثني عشر للزوجة أربع ثلاثة وللأم الثلث أربعة فمابقى للجد ولو ترك أباً وجدته وزوجة لكانت الفريضة من اثني عشر للزوجة أربع ثلاثة وللجدته السدس سهمان والباقي للاب ولو توفيت امرأة وترك زوجاً وأمًا وجداً لكانت الفريضة من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم الثلث سهمان وللجد سهم ولو توفيت امرأة وترك زوجاً وأمًا وجدته لكانت الفريضة من اثني عشر للزوج النصف ثلاثة أسهم وللجدته السدس وللأب مابقى والله أعلم (فصل) وقوله فقضت السنة ان الاخوة ابنا فصاعداً يرثان الاخوة في قول الله عز وجل فان كان له اخوة فلائمه السدس يتناول لفظ الاخوة الاخوين فصاعداً فأعلى ما ذكر القاضى أبو بكر من مذهب مالك ان أقل الجمع اثنان فان لفظ الاخوة يتناول الاثنين فما زاد لغة وشراً عاذاً قلنا ان أقل الجمع ثلاثة فان هذا الحكم ثبت في الاثنين بالقياس اذ كل حكم يتغير بالاخوة فانه يتغير بالاثنيين منهم كتغير فرض الاخوة للام من الثلث الى السدس وقدر وى عن ابن عباس انه قال لعثمان أليس الاخوان باخوة في لسان قومك فقال عثمان لا أسطيع أن أغير امرأ قدمضى وهذا يقتضى انه في بعض اللغات دون بعض الا أن من مضى أخد في ذلك باللغة التي يتناول فيها لفظ الاخوة للاخوين والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الاخوة للام ﴾

ص قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للام لا يرثون مع الولد ولا مع ولد الابن ذكرانا كانوا أو انانا شيئاً ولا يرثون مع الأب ولا مع الجد الأب شيئاً وانهم يرثون فيما سوى ذلك يفرض للواحد منهم السدس ذكرانا أو اثني فان كانا اثنين فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث يقتسمونه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الانثى وذلك أن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه العزيز وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فكان الذكر والانثى في هذا بمنزلة واحدة ﴿ ش وهذا كما قال ان الاخوة للام لا يرثون مع وارث من الولد ذكورهم واناتهم وولد الابن لا يرثون مع وارث من الأب والأجداد ويرثون مع غيرهم من الام والجندات وسائر الورثة بالفرض دون التعصيب لانهم يستفيدون ذلك من الام وليست من أهل التعصيب وفرض الواحد منهم السدس لا ينقص من ذلك الا بالمولود وفرض الاثنين فما زاد الثلث ذكورهم واناتهم في ذلك كله سواء والاصل في ذلك قول الله عز وجل وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة ومعناه عندنا ان يورث بغير ابوين ولا مولودين ثم قال عز من قائل وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فساوى في ذلك بين الاخ والاخت ثم قال تبارك اسمه فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فوجب أن يرجع الضمير الى الذكور والاناث وذلك يقتضى تساويهم في الثلث لان ذلك لفظ ظاهر الاشتراك في الثلث وايضا فانه لما استوى ذكورهم وانثاهم عند انفرد بالسواء استوى عند الاشتراك في الثلث والله أعلم (فرع) وفي كتاب ابن عجلان يحيى بن محمد الفرضى في صبي يموت وله أم متزوجة فانه لا ينبغي لزوجه أن يطأها حتى يتبين ان بها حلاً لمكان الميراث لانها ان كانت حاملاً ورث ذلك الحمل أخاه لأمه الميت وقال أشهب لا يعزل عنها وله وطؤها فان وضعت بعد موته لاقل من ستة أشهر ورث أخاه وان وضعت له تمام ستة أشهر لم يرثه لانه عزل عنها فلا يرث من أن يطرقها ويتسور عليها وهذا اذا لم

﴿ ميراث الاخوة للام ﴾

قال مالك الأمر المجتمع

عليه عندنا ان الاخوة

للأم لا يرثون مع الولد ولا

مع ولد الابناء ذكرانا

كانوا أو انانا شيئاً ولا يرثون

مع الأب ولا مع الجد أب

الأب شيئاً وانهم يرثون فيما

سوى ذلك يفرض

لواحد منهم السدس

ذكرانا أو اثني فان

كانا اثنين فلكل واحد

منهما السدس فان كانوا

أكثر من ذلك فهم شركاء

في الثلث يقتسمونه بينهم

بالسوية للذكر مثل حظ

الانثى وذلك أن الله

تبارك وتعالى يقول في

كتابه وان كان رجل

يورث كلالة أو امرأة وله

أخ أو أخت فلكل واحد

منهما السدس فان كانوا

أكثر من ذلك فهم شركاء

في الثلث فكان الذكر

والانثى في هذا بمنزلة

واحدة

﴿ ميراث الاخوة للام والاب ﴾ قال مالك الأمر المجتمع عليه (٢٣٠) عندنا ان الاخوة للاب والام لا يرثون مع

يكن حلقها ظاهراً يوم مات الميت ولو كان حلقها ظاهراً لورث أخاه وان وضعت لاكثر من ستة أشهر أو تسعة أو أكثر من ذلك وكذلك ان كان زوجها غائباً بعيدة لايتها له الوصول اليها فانه يرث أخاه وان ولد لاكثر من تسعة أشهر والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للام والاب ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان الاخوة للاب والام لا يرثون مع الولد الذكراً شيئاً ولا مع ولد الابن الذكراً شيئاً ولا مع الاب ذكراً شيئاً وهم يرثون مع البنات وبنات الابناء ما لم يترك المتوفى جداً اباً اباً مفضل من المال يكونون فيه عصبه يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والام يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو اناثا للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم ﴾ ش وهذا كما قال ان الاخوة للاب والام لا يرثون مع الابن ولا مع ابن الابن ولا مع الاب شيئاً وذلك انهم انما يرثون بالتعصيب ويدلون بالاب فلا يرثون معه بالتعصيب وتعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة بدليل ان تعصيب الابن يبطل ميراث الاب بالتعصيب فاذا كان للأخ لا يرث مع الاب فبان لا يرث مع الابن الذي هو أقوى تعصياً منه أولى واناث الأخوات وان كن يرثن بالفرض الا انهن لا يدلن الا بما يدلن به ذكرهم فاذا كان ذكرهم يحجبون بالاب والابن وابن الابن فبان يحجب به انهم أولى وأحرى

(فصل) وقوله وهم يرثون مع البنات وبنات الابن ما لم يترك المتوفى اباً اباً مفضل من المال يكونون عصبه يريد اذا لم يكن في الورثة أحد ممن ذكرنا انه يحجبهم ولم يكن فيهم جديقاسمهم كانوا عصبه يرثون مفضل من المال عن البنت الواحدة أو بنت الابن وهو نصف المال أو مفضل عن الانثيين فرائد أو على بنتي ابن أو عن بنت و بنت ابن وهو الثلث وان كان الاخوة ذكرانا فهذا الفضل بينهم على السواء وان كانوا ذكرانا واناثا فهو بينهم للرجل مثل حظ الانثيين لقوله تعالى فان كانوا اخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين ولا نهم رجال ونساء في قعد يرثون بالتعصيب فكان للذكر مثل حظ الانثيين كالبنين (مسئلة) فان كن اناثا وكانت ابنة أو ابنتان فان الأخوات عصبه لمن يرثن معهن مفضل عن سهام ذوى القربى ومن هذا قول الجمهور وقال ابن عباس لا يعصب الأخوات البنات والدليل على صحة ما ذهب اليه الجمهور حديث ابن مسعود المتقدم ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى للابنة بالنصف ولا بنة الابن بالسدس تكملة الثلثين وما بقى فلاخت ودليلنا من جهة المياس ان هذا ميراث فلم ينفرد به ابن العم دون الأخت أصل ذلك اذا انفرد ص ﴿ وان لم يترك المتوفى اباً اباً جداً اباً اباً ولا ولداً ولا ولداً ابناً ذكرانا أو أنثى فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف فان كانتا اثنتين فافوق ذلك من الأخوات للاب والام فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الأخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فافضل بعد ذلك من شيء كان بين الاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا في فريضة واحدة فقط لم يكن لهم فيها شيء فاشتركو فيها مع بنى الأم في ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركها زوجها وأختها لأمها وأختها لأمها وأختها لأمها فكان لزوجها النصف ولأمها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شيء بعد ذلك فيشترك بنو الأب والام في هذه

الولد الذكراً شيئاً ولا مع ولد الابن الذكراً شيئاً ولا مع الاب ذكراً شيئاً وهم يرثون مع البنات وبنات الابناء ما لم يترك المتوفى الابناء ما لم يترك المتوفى جداً اباً اباً مفضل من المال يكونون فيه عصبه يبدأ بمن كان له أصل فريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان للاخوة للاب والام يقتسمونه بينهم على كتاب الله ذكرانا كانوا أو اناثا للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم وان لم يترك المتوفى اباً اباً جداً اباً اباً ولا ولداً ولا ولداً ابناً ذكرانا أو أنثى فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف فان كانتا اثنتين فافوق ذلك من الأخوات للاب والام فرض لهما الثلثان فان كان معهما أخ ذكر فلا فريضة لأحد من الأخوات واحدة كانت أو أكثر من ذلك ويبدأ بمن شركهم بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فافضل بعد ذلك من شيء كان بين الاخوة للاب والام للذكر مثل حظ الانثيين الا في فريضة واحدة فقط

لم يكن لهم فيها شيء فاشتركو فيها مع بنى الأم في ثلثهم وتلك الفريضة امرأة توفيت وتركها زوجها وأختها لأمها وأختها لأمها وأختها لأمها فكان لزوجها النصف ولأمها السدس ولاخوتها لأمها الثلث فلم يفضل شيء بعد ذلك فيشترك بنو الأب والام في هذه

الفريضة مع بنى الام في ثلثهم فيكون للذكور مثل حظ الانثى من (٢٣١) أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لاهم وانما ورثوا

بالام وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فذلك لأنهم كلهم اخوة المتوفى لاهم

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾ * قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أن ميراث الاخوة للاب اذا لم يكن معهم أحد من بنى الاب والام كزلة الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كزكرم وأنشاهم كأنشاهم الا أنهم لا يشتركون مع بنى الام في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والام لأنهم خرجوا من ولادة الام التي جمعت أولئك قال

مالك فان اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فكان في بنى الأب والام ذكر فلا ميراث لأحد من بنى الاب وان لم يكن بنو الاب والام الا امرأة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لا ذكر معهم فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف ويفرض

الفريضة مع بنى الأم في ثلثهم فيكون للذكور مثل حظ الانثى من أجل انهم كلهم اخوة المتوفى لاهم وانما ورثوا بالام وذلك أن الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فذلك لشركوا في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة المتوفى لاهم * وهذا كما قال انه اذا كان مع الأخوات أخ فانهن يرثن بالتعصيب ما فضل عن الفروض ولا يرثن بالفرض لان حكم التعصيب قد غلب عليهن فصار ذلك حكمهن ولا خلاف في ذلك الا في المسئلة التي ذكرها وهي المسئلة التي تسمى المشتركة للتشريك الاخوة للاب والأم مع الاخوة للام في الثلث وتسمى الجارية لان الاخوة للاب والام قالوا هب ان أبانا كان حيا راعى وجه الاخبار عن تساوى الاخوة للاب والام والاخوة للام في الأولى بالام وهذا مذهب مالك والشافعي وأما أبو حنيفة فيجعل الثلث للاخوة للام دون الاخوة للاب والام حين لم تبق لهم الفرائض شيئا واختلف في ذلك عمرو بن دينار وابن عباس وقال عمر بن حنبل في العام الأول فلم يشرك وقضى في العام الثاني فشركت تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا وقال وكيع اختلف فيها عن جميع الصحابة الا عن علي فانه لم يختلف عنه انه لم يشرك بينهما واستدل من قال بالتشريك بما استدل به مالك من قول الله تبارك وتعالى وان كان رجل يورث كلالة الآية قال مالك فذلك شوركو في هذه الفريضة لانهم كلهم اخوة للمتوفى لاهم وهو سبب ميراث جميع الاخوة لا يخرج الاخوة للاب والام من نسبهم المتوفى بالاب عن أن يكونوا اخوته لاهم فتعمل الآية على عمومها في كل أخ لام سواء كان أخا لاب أو لم يكن والاب لا يزيم ما بينهما مضعفا بل يزيده قوة وتأكيذا ومن جهة القياس ان هذه فريضة فيها اخوة لام واخوة لاب وأم لو انفرد أحدهما لورث فاذا ورث الاخ من الام وجب أن يترك الاخ من الاب والام أصل ذلك اذا لم يكن في الفريضة أم وعندى اذني التشريك أقيس وأظهر والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الشركة لا تصح الا بأربعة شروط أن يكون فيها زوج وابنان من ولد الأم وأخ لاب وأم وتكون معهم أم أو جدة فان حرم شرط من هذه الاربعة لم تكن مشتركة والله أعلم

﴿ ميراث الاخوة للاب ﴾

ص * قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا ان ميراث الاخوة للاب اذا لم يكن معهم أحد من بنى الأب والام كزلة الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كزكرم وأنشاهم كأنشاهم الا أنهم لا يشتركون مع بنى الأم في الفريضة التي شركهم فيها بنو الأب والام لأنهم خرجوا من ولادة الأم التي جمعت أولئك * وهذا كما قال ان الاخوة للاب عند عدم الاخوة للاب والام بمنزلة ميراث الميراث والحجب يحيط ذكرهم بجميع المال ويكون له ما فضل بعد الفرض وأنشاهم لها النصف وللانثى الثلثان الا انهم لا يكون حكمهم في المسئلة المشتركة حكم الاخوة للاب والام لانهم لا يشتركون الاخوة للام لانهم لا يدلون بمثل سببهم ص * قال مالك فان اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فكان في بنى الأب والام ذكر فلا ميراث لأحد من بنى الاب وان لم يكن بنو الاب والام الا امرأة واحدة أو أكثر من ذلك من الاناث لا ذكر معهم فانه يفرض للاخت الواحدة للاب والام النصف ويفرض

للأخوات للاب السدس تمة الثلثين فان كان مع الاخوات للاب ذكر فلا فريضة لهن ويبدأ بأهل الفرائض

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل (٢٣٢) كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل

المسماة فيعطون فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لمن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب بدى من شركهم بفريضة مسماة فاعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم ش وهذا كما قال ان الأخ للاب والام يعجب الاخوة للاب جلة وأما الاخت للام والاب فانها تصحبهم عن النصف فان كان معها أخت أو أخوات لأب كان لهم السدس تكملة الثلثين لانه فرض الأخوات للاب والام والأخوات للاب فاذا حجبتهن الأخت للاب والام عن النصف بقي لمن السدس تكملة الثلثين والواحدة والجماعة فيها سواء فاذا كان الأخوات للاب والام اثنتين فزائدا فحجب ميراث الاخوات للاب من الفرض جلة لانهن قد استكملن الثلثين الذي هو فرضهن اذا انفردن فلم يبق من فرضهن ما يرثن فان كان مع الاخت للاب والام أو الأخوات لأب ورث الباقي بالتعصيب واحدا كان أو جماعة فان كان معه أخت عصبتها فوزنت معه الباقي عن فرض الاخت أو الاخوات بالتعصيب وليس في الرجال من يعصب أخه غير الأخ للاب والام والأخ للاب والابن وابن الابن وليس فيهم من يعصب عمته غير ابن الابن ص قال مالك ولبنى الام مع بنى الاب والام ومع بنى الاب للواحد السدس وللانثيين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء ش وهذا كما قال ان الاخوة للام يرثون مع الاخوة للاب والام والأخوة للاب للاب لانهم من أهل الفروض فوجب تقديمهم في الميراث على العصبة الذين لا يدلون بهم وانما يدلون بمثل قريتهم ولا يلزم على هذا الجدمع الأب لان الجد يدلى به ولا يلزم عليه الاخت مع الأب لانها تدلى به ولا يلزم عليه الاخ للاب مع الاب لانه لا يدلى بمثل قرابته لان الاب يدلى بالابوة والاخ يدلى بالاخوة ولا يلزم عليه الاخت للاب مع الاخ للاب والام لان الاخ يعصبها ثم يكون أولى منها لقرابته بالام وأما الاخ للام فانه لا يرث الا بالفرض

ميراث الجد

ص يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد أنه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضى فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخليفين قبلك فيعطيان النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الانثيين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث ش قوله ان معاوية كتب الى زيد يسأله عن الجد كلام محتمل لان في الجد مسائل كثيرة في الموارث وغيرها الا انه استجاز حذف السؤال لما في الجواب من الدلالة عليه وقول زيد انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم رد العلم الى الله تبارك وتعالى واعتراف بأن طريق اثبات حكمه الاجتهاد وغلبة الظن دون القطع وذلك انه لم يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم نصا يقع به العلم ولا بلغه عنه خبر متواتر وقوله وذلك ما لم يقض فيه الا الامراء يعني خبر صحيح من خبر الأحاديث ضمن حكمه وانه لم يتقدمهم فيه حكم عن النبي صلى الله عليه وسلم يكون حكمهم فيه اتباعا له ثم أخبره بما عنده في ذلك من العمل الذي يرجع الى مثله من قضاء أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وذلك بعد المشاورة والمراجعة واستحسان ما نقل عنهم من حكمه وتعليبه على حكم خالفه على أن الصحابة قد اختلفت في ذلك اختلافا عظيما فروى عن أبي بكر وعمر

شيء فلا شيء لهم فان كان الاخوة للاب والام امرأتين فأكثر من ذلك من الاناث فرض لمن الثلثان ولا ميراث معهن للاخوات للاب الا أن يكون معهن أخ لأب فان كان معهن أخ لأب بدى من شركهم بفريضة مسماة فاعطوا فرائضهم فان فضل بعد ذلك فضل كان بين الاخوة للاب للذكر مثل حظ الانثيين وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم قال مالك ولبنى الام مع بنى الأب والام ومع بنى الأب للواحد السدس وللانثيين فصاعدا الثلث للذكر مثل حظ الانثى هم فيه بمنزلة واحدة سواء

ميراث الجد

حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد انه بلغه أن معاوية بن أبي سفيان كتب الى زيد بن ثابت يسأله عن الجد فكتب اليه زيد بن ثابت انك كتبت الى تسألني عن الجد والله أعلم وذلك مما لم يكن يقضى فيه الا الامراء يعني الخلفاء وقد حضرت الخليفين قبلك فيعطيان النصف مع الاخ الواحد والثلث مع الانثيين فان كثرت الاخوة لم ينقصوه من الثلث

وجاعة من الصحابة انهم أقاموه مقام الأب وحججوا به الاخوة وبه قال أبو حنيفة وروى عن عمر
الرجوع في ذلك قال الشعبي أول جدورث في الاسلام عمر بن الخطاب مات ابن لعاصم بن عمر وترك
أخوين فأراد عمر أن يستأثر بماله فاستشار علياً وزياداً في ذلك فثلثاه مثلاً فقال لولا أن رأيتكما اجتمع
ما رأيت أن يكون ابني أولاً كون أباه وكان زيد وابن مسعود يقاسمان الجد بالأخوة إلا أن تنقصه
المقاسمة من الثلث فيفرضانه له فإن كان معهم زوج أو زوجة أو أم أو جدة أعطيا الجد الآخر من
المقاسمة أو ثلث ما بقى بعد فرض ذوى السهام أو سدس جميع المال وبه قال الأوزاعي ومالك والشافعي
والثوري والدليل على صحة هذا القول قول الله تبارك وتعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان
والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ولم يفرق بين أن يكون فيهم جد ولا يكون
فيهم جد فإن قيل انما يعني بذلك أهل الفروض بدليل قوله تعالى مما قل منه أو أكثر نصيباً مفروضاً
فالجواب انه ليس معنى قوله مفروضاً مقدراً وانما معناه واجب وثابت والاخوة مع الجد لم سهم ثابت
ودليلنا من جهة القياس ان هذا ذكر يعصب اخته فلم يحجب به الجد عن جميع الميراث كالابن (مسئلة)
إذا ثبت ذلك فإن الجد يسقط بنى الاخوة من الميراث هذا قول الجمهور إلا ما روى عن الشعبي عن علي
رضي الله عنه انه أجرى بنى الاخوة مع الجد في المقاسمة مجرى الاخوة ولا نعلم أحداً من الصحابة
قال به غيره والدليل على صحة ما نقوله ان هذا ذكر لا يعصب اخته فلم يقاسم الجد كالم وبن العم
ص **عن مالك عن ابن شهاب عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض للجد الذي**
يفرض الناس له اليوم يحتاج في معرفته الى أن يعلم ما كان يفرض الناس له من يوم قاله قبيصة
ابن ذؤيب ومعنى ذلك والله أعلم ما تقدم من قول زيد فيه لان قبيصة مدني وقال ذلك بالمدينة ويقول
زيد كان حكم أهل المدينة في ذلك والله أعلم وسيأتي بعده ان شاء الله عز وجل ذكر الجد وميراثه
وذ كراختلاف الناس فيه ص **عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار انه قال فرض عمر بن الخطاب**
وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت للجد مع الاخوة الثلث ش قوله انهم فرضوا للجد مع الاخوة
الثلث يحتمل وجهين أحدهما أن يريد انهم قدروا التقدير لا ينقص منه وان جاز أن يزداد عليه فيكون
يرث بالفرض مع الاخوة الثلث وان حصل أكثر من ذلك فبالتعصيب مع الفرض أو بالانتقال من
الفرض الى التعصيب والوجه الثاني أن يريد بذلك انهم أوجبوا له الثلث وذلك ان الجد يقاسم
الاخوة للاب والام وأولاب ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث فان نقصته من الثلث أوجبوا له الثلث
فاذا كان مع الاخوين فالفرض والمقاسمة سواء وإذا كان مع ثلاثة من الاخوة فالفرض أفضل
له من المقاسمة فيعطى الثلث وان كان مع أخ واحد فالمقاسمة أفضل لان النصف يحصل له فيعطى
النصف وهذا مذهب زيد فيه قاله مالك والأوزاعي والشافعي وروى عن ابن مسعود مثله ذلك
وروى عنه انه قاسم الاخوة بالجد الى سبعة والى ثمانية وروى عن عمران بن حصين وأبي موسى
انهما قاسما الى اثني عشر والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان الاخوة للام يستحقون مع الاخوة للاب
والام ومع الاخوة للاب الثلث والجد يحجب الاخوة للام عن ذلك الثلث فكان أولى به من الاخوة
للأب والام والاخوة للاب وهو يشاركهم فيما زاد الله أعلم واحكم (مسئلة) إذا ثبت ذلك فإن الجد يرث
الثلث مع الاخوة بالفرض وما زاد على ذلك يرثه بالتعصيب فلذلك لا ينقص من الثلث وثبت له بذلك
حالة من حالات الأب يرث بالفرض السدس وسائر المال بالتعصيب فان قيل كيف يكون فرضه الثلث
وهو انما يستفيد ذلك من الأب والأب فرضه السدس فالجواب ان الأب فرضه السدس مع الابن

* وحدثني عن مالك عن
ابن شهاب عن قبيصة بن
ذؤيب أن عمر بن الخطاب
فرض للجد الذي يفرض
الناس له اليوم * وحدثني
عن مالك انه بلغه عن
سليمان بن يسار انه قال
فرض عمر بن الخطاب
وعثمان بن عفان وزيد بن
ثابت للجد مع الاخوة
الثلث

أذكرت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجدأبا الأب

(٢٣٤)

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والذي

وابن الابن ومع ذى الفروض وهذه حال الجسد وأما الاخوة فان الأب يسقطهم جلة فلا يرثون معه
ويفرض للجسد معهم الثلث فكانت حاله أضعف من حال الأب الذي يسقطهم رأسا ولا يمنع أن يكون
له فرضين يرث بهما الثلث مع الاخوة والسدس مع ذوى الفروض كالأم ص **ع** قال مالك الأمر
المجتمع عليه عندنا والذي أذكرت عليه أهل العلم ببلدنا أن الجدأبا الأب لا يرث مع الأب دنيا شيئا وهو
يفرض له مع الولد الذي كرم مع ابن الابن الذي كرم السدس فريضة وهو في أسوى ذلك ما لم يترك المتوفى
أخا أو اختا لبيه يبدأ بالجدان شركة بفريضة مسماة فيعطون فرائضهم فان فضل من المال السدس لها
فوقه كان له وان لم يفضل من المال السدس لها ففوقه فرض للجسد السدس فريضة **ع** ش وهذا كما قال
ان الجسد يحجب الأب ويرده الابن وابن الابن الى أقل فرضه وهو السدس وكذلك مع ذوى الفروض
المستغرة للآل أو المستغرة لحصة أسداسه فان فضل منه بعد الفروض أكثر من السدس فهو له
بالتعصيب ان لم يكن له أخوة يقاسمونه فعلى ما ذكرناه بعدهذا ص **ع** قال مالك والجد والاخت
للأب والام اذا شركهم أحد بفريضة مسماة يبدأ بمن شركهم من أهل الفرائض فيعطون فرائضهم لها
بقي بعد ذلك للجد والاخت من شئ فانه ينظر أى ذلك أفضل لحظ الجسد أعطيه الثلث مما بقى له
وللاخوة أو يكون بمنزلة رجل من الاخوة فياخذ حصصهم بمثل حصص أحدهم أو السدس
من رأس المال كله أى ذلك كان أفضل لحظ الجسد أعطيه الجسد وكان ما بقى بعد ذلك للاخوة للأب
والأم للجد كرم مثل حظ الأنثيين الا في فريضة واحدة يكون قسمتهم فيها على غير ذلك وتلك الفريضة
امرأة توفيت وترك زوجها وأما ماؤها وأختها لها وأبها وجدها فلزوج النصف وللأم الثلث وللجد
السدس وللأخت للأب والأم النصف ثم يجمع سدس الجسد ونصف الاخت فيقسم أثلاثا للجد كرم مثل
حظ الأنثيين فيكون للجد ثلثاه وللأخت ثلثه **ع** ش وقوله في الاخوة والجد اذا شاركهم أحد من
أهل الفروض انه يبدأ بأهل الفروض اتماريد فياخذ حصصهم في الجسد الاخوة بالتعصيب وأما في فرضه
الذى هو السدس فانه يبدأ به أيضا وان لم يبق شئ فان الجسد لا ينقص من السدس ولا يقدم عليه في ذلك
السدس أحد من أهل الفروض وهم البنات وما زاد على ذلك من البنات والزوجة والزوجة والأم
والجدة فان بقى شئ بعد ذلك نظرنا للجسد أفضل ثلاثة أحوال أحدها السدس من جميع التركة الذى هو
فرضه مع أهل الفروض وهو أقل فرضه والثاني ثلث ما بقى له وللأخوة لأن ذلك فرضه مع الاخوة
فاذا أضيف سدسه الى ما فضل عن سهام ذوى الفروض وكان ثلث ذلك أكثر من سدس جميع التركة
أعطيه لأن نصيبه من التركة وما فضل عن سهام ذوى الفروض لا يشاركه فيها أحد غير الاخوة فصار
ذلك بمنزلة تركة انفرد معهم فيها فكان له ثلثها والثالث مقاسمة الاخوة فان كان ما أعطيه بالمقاسمة
زائدا على الفرضين المتقدمين أخذ بالتعصيب وان لم يفضل شئ رجع الى الفرض وقدم ذكره
(فصل) وقوله وما كان بعد ذلك للاخوة للأب والأم للجد كرم مثل حظ الأنثيين الا في فريضة
واحدة وذكرها الى آخر الفصل يريدان المقاسمة اذا كانت أضر على الجسد أعطى الثلث أو السدس
فان ما فضل بعد ذلك يكون بين الاخوة والأخوات للجد كرم مثل حظ الأنثيين والمسئلة التى استثناها
هى امرأة توفيت وترك زوجها وأختها لها وأم فان المشهور عن زيدانه قال أصلها من
سنة وتعود الى تسعة يفرض للاخت النصف بثلاثة وللزوج النصف بثلاثة وللأم الثلث بسهمين

لا يرث مع الأب دنيا شيئا
وهو يفرض له مع الولد
الذكر ومع ابن الابن الذكر
السدس فريضة وهو في
أسوى ذلك ما لم يترك
المتوفى أخا أو اختا لبيه
يبدأ بالجدان شركة بفريضة
مسماة فيعطون فرائضهم
فان فضل من المال السدس
لها ففوقه كان له وان لم
يفضل من المال السدس
لها ففوقه فرض للجسد
السدس فريضة * قال
مالك والجد والاخت للأب
والام اذا شركهم أحد
بفريضة مسماة يبدأ بمن
شركهم من أهل الفرائض
فيعطون فرائضهم فابقي
بعد ذلك للجد والاخت
من شئ فانه ينظر أى ذلك
أفضل لحظ الجسد أعطيه
الثلث مما بقى له وللأخوة
أو يكون بمنزلة رجل من
الاخوة فياخذ حصصهم
بمثل حصص أحدهم أو
السدس من رأس المال
كله أى ذلك كان أفضل
لحظ الجسد أعطيه الجسد
وكان ما بقى بعد ذلك
للاخوة للأب والام للجد
كرم مثل حظ الأنثيين الا في
فريضة واحدة تكون
قسمتهم فيها على غير ذلك

وتلك الفريضة امرأة توفيت وترك زوجها وأختها لها وأبها وجدها فلزوج النصف وللأم الثلث وللجد والاخت
للأم والأب النصف ثم يجمع سدس الجسد ونصف الاخت فيقسم أثلاثا للجد كرم مثل حظ الأنثيين فيكون للجد ثلثاه وللأخت ثلثه

وللجد السدس بسهم وبهذا قال مالك وروى عن الشعبي انه قال سألت قبيصة بن ذؤيب عن قضاء زيد في ذلك فقال والله ما فعل زيد بذلك وهو من أعلمهم بقضاء زيد يعني ان أصحاب زيد قاسوا على قوله وقال أبو الحسن بن اللبان الفرضي ان لم تصح هذه الرواية عن زيد بقياس قوله أن يكون للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس وتسقط الأخت كما سقط الأخ لو كان بدل الأخت لان الأخ والأخت سبيلهما واحد في قول زيد لانهما عنده مع الجد عصبة ووجه المشهور عن زيد أن حال الجد مع الأخوة يتنوع على حالين أحدهما يرث بالفرض والثاني بالتعصيب فيجب أن يكون ذلك حال الأخوات معه فيكون تارة يعصبن وتارة لا يعصبن ويجب أن يكون موضع لا يعصبن فيه حيث لا يبقى من الميراث ما يكون لهن فلا يتعدى تعصبيه اليهن وإذا كن أختين وبقي من الميراث ما يكون لهن ووقعت المقاسمة بينهما وبين الجد تعدى تعصبيه اليهن فلم تعدل فريضتهن وهذه المسئلة يسميها أصحابنا الغراء وقد رأيت جماعة من أهل الفرائض يسهونها العداء وقال أبو غالب خباب ابن عباد لا يرث الأخت مع جد الأفي هذه المسئلة فسميت الغراء وهي الأكرية أيضا وكذلك يسميها جمهور أهل الفرائض الأكرية وقيل انها سميت بذلك لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا يقال له الأكرية خطأ فنسبت اليه وقال سميت بذلك لتكدر الأقوال فيها (فرع) اذا ثبت ذلك فقد اختلف على وزيد في هذه الفريضة فقال على لكل واحد منهم ما أوجبت له الفريضة وقال زيد يجمع ثلاثة سهام الأخت وسهم الجد فيقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين وبهذا قال مالك ووجه ذلك أن الأخت انما انتقلت الى الفرض حين لم يكن الجد يعصبها فلما عيل لها وصار لها سهم رجع الى تفضيلها (فرع) ولا تعال فريضة الأخت مع جد الأفي هذه المسئلة خاصة ولو كان فيها أختان لبطل العول وذلك بان يترك المتوفى زواجا وأما وجدًا وأختين لأب وأم وأب فان للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم السدس سهم وللجد السدس سهم لانه أفضل له من ثلث ما بقي وهو مثل المقاسمة وللأختين السدس لان الجد يعصبن فيصيرون معه كالأختين مع الأخ والفرق بين هذه المسئلة وبين الأكرية ما قدمناه من الأخوات لماورثن في هذه المسئلة من نفس المال تعدى تعصيب الجد اليهن بنفس الفرض وليس كذلك في المسئلة الأكرية فانه لم يبق الفرائض للأخت شيئا فلم يتعد تعصيب الجد اليها فوجب ردّها الى الفرض حين لم يعصبها الجد (مسئلة) فان أحاط بالميراث أم وأخت وجد فعلى من ذهب زيد للام الثلث والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وهذه المسئلة تسمى الخرقاء وروى عن عمر وابن مسعود للأخت النصف وللأم ثلث ما بقي وما بقي للجد وروى عن عبد الله أنه قال للأخت النصف وللأم والباقي بنصفين وهذه من ميراث عبد الله وروى عن عثمان انه قال للام الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث وهي تسمى مثلثة عثمان وقال على للام الثلث وللأخت النصف والباقي للجد وجه قول زيد أن للام الثلث لانه فرضها مع الأخ الواحد والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين لانه اذا ورثت معه عصبا فصار كالأخ معها والله أعلم (مسئلة) فان كان مع الجدوا الأخوة بنت أو بنات فان عليا يجعل للجد السدس بالفرض ويجعل التعصيب للأخوة والأخوات وزيد وعبد الله يقاسمان الجد بالأخوة الا أن تنقصه المقاسمة من الثلث فانهم يفرضانه له وذلك في بنت وأخت وجد في قول على للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت الا أن زيد يجمع حظ الأخت والجد فيقسمانه للذكر مثل حظ الأنثيين ووجه ذلك انهما يرثان بالتعصيب لان الأخوة انما يرث مع البنات بالتعصيب فوجب أن

يقتسبا للذكور مثل حظ الانثيين كالاخوة والاخوات ص **قال مالك وميراث الاخوة للاب**
مع الجدة اذا لم يكن اخوة لأب كبراء الاخوة للاب والام سواء ذكرهم كذكرهم وانثاهم كأنثاهم
فاذا اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فان الاخوة للاب والام يعادون الجد باخوتهم لأبيهم
فيمنعونه بهم كقصة الميراث بعددهم ولا يعادونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيئا
وكان المال كله للجد فاحصل للاخوة من بعد حفظ الجدة فانه يكون للاخوة مع الأب والام دون
الاخوة للاب ولا يكون للاخوة للاب معهم شيء الا ان يكون الاخوة للاب والام امرأة واحدة فان
كانت امرأة واحدة فانها تعاد الجد باخوتها لأبيها ما كانوا فاحصل لهم ولها من شيء كان لها دونهم
ما بينهما وبين أن تستكمل فريضة وفريضة النصف من رأس المال كله فان كان فيها يحاز لها
ولاخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها للذكور مثل حظ الانثيين فان لم
يفضل شيء فلا شيء لهم **ش** وهذا كما قال ان حال الاخوة للاب مع الجد عند عدم الأب والام كحال
الاخوة للاب والام ذكر الاخوة للاب كذكر الاخوة للاب والام وانثاهم كأنثاهم ووجه ذلك ان
حالم في انفراد الذكور أو انفراد الاناث أو اجتماع الذكور والاناث كحالم فوجب أن يكون حالم
كحالم الأب يكون هناك من يصحبه

(فصل) وقوله فاذا اجتمع الاخوة للاب والام والاخوة للاب فان الاخوة للاب والام يعادون
الجد باخوتهم لأبيهم فيمنعونه كقصة الميراث فما أصاب الاخوة للاب والام والاخوة للاب لمقاسمة الجد
فان جميعه للاخوة للاب والام دون الاخوة للاب هذا مذهب زيد وبه قال مالك وقال علي وابن
مسعود يقسمان المال بين الجد والاخوة للاب والام دون أن يعاد بالاخوة للاب وذلك في جد وأخ لأب
وأخ لأب في قول علي وعبد الله للجد النصف وللأخ للاب والام النصف وفي قول زيد المال بين
الجد والأخ للاب والام والأخ للاب أن لا يثمن يرد الأخ للاب على الأخ للاب والام سهمه فيصير للجد
الثلث وللأخ للاب والام الثلثان ووجه هذا القول ان الأخ للاب لا يصحبه الجد وإنما يصحبه من يقاسم
الجد فوجب أن يحتسب به عليه وينقص الجدة من موروته كالاخوة مع الأب والام لم تحجبهم
الأم ويحجبهم الأب فانه يحتسب بهم على الأم ويردها بهم من الثلث الى السدس

(فصل) وقوله ولا يعادونه بالاخوة للام لانه لو لم يكن مع الجد غيرهم لم يرثوا معه شيئا وكان المال للجد
كله يرد أن الاخوة للاب والام لا يحتسبون على الجد بالاخوة للام ووجه ذلك ما احتجوا به من أن
الجد يحجبهم عن الميراث فلذلك لم يعاد بهم ولم يدخلوا عليه نقصا وليس كذلك الاخوة للاب فان الجد
لا يحجبهم فجاز أن يدخلوا انقصا عليه ووجه آخر وهو أن الاخوة للام لا يرثون الا بالفرض والمقاسمة
تقتضي التعصيب فلا يجوز أن يستعبر به الفروض

(فصل) وقوله الا أن يكون الاخوة للاب والام امرأة واحدة فانها تعاد الجد باخوتها لأبيها ثم يكون
أحق بذلك حتى تستكمل فريضة وهو نصف جميع المال فان فضل شيء كان لاخوتها لأبيها هذا
مذهب زيد واليه ذهب مالك وكان علي يفرض للاخت للاب والام النصف ويجعل الباقي بين الجد
والاخوة للاب ما لم تنقص المقاسمة الجدة من السدس فان نقص فرض له السدس وكان ابن مسعود
يسقط الاخوة للاب مع الجد والاخت للاب والام وذلك في أخت لأب وأم وأخ لأب وجد في قول
علي للاخت النصف والباقي بين الجد والأخ للاب بنصفين تصح المسئلة من أربعة وفي قول ابن
مسعود للاخت النصف والجد النصف تصح المسئلة من اثنين وفي قول زيد للاخت والاخ ثلاثة

الاخوة للاب مع الجد اذا
لم يكن اخوة لاب كبراء
الاخوة للاب والام سواء
ذكرهم كذكرهم وانثاهم
كأنثاهم فاذا اجتمع
الاخوة للاب والام
والاخوة للاب فان
الاخوة للاب والام
يعادون الجد باخوتهم
لأبيهم فيمنعونه بهم كقصة
الميراث بعددهم ولا يعادونه
بالاخوة للام لانه لو لم يكن
مع الجد غيرهم لم يرثوا معه
شيئا وكان المال كله للجد
فاحصل للاخوة من بعد
حفظ الجدة فانه يكون
للاخوة من الاب والام
دون الاخوة للاب ولا
يكون للاخوة للاب
معهم شيء الا أن يكون
الاخوة للاب والام امرأة
واحدة فان كانت امرأة
واحدة فانها تعاد الجد
باخوتها لأبيها ما كانوا
فاحصل لهم ولها من شيء
كان لها دونهم ما بينهما وبين
أن تستكمل فريضة
وفريضة النصف من
رأس المال كله فان كان فيها
يحاز لها ولاخوتها لأبيها
فضل عن نصف رأس المال
كله فهو لاخوتها لأبيها
للكم مثل حظ الانثيين
فان لم يفضل شيء فلا شيء لهم

سهام من خمسة وللجد سهمان ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف فيصح من عشرة للجد أربعة وللأخت خمسة وللأخ سهم وجه ما قاله زيدان هذه حالة تعصيب فوجب أن يعاد فيها الجدة بالأخوة للجد كحالته انفرادهم معه ووجه آخر أن الاخت لما كانت تعاد الجدة بالأخوة وجب أن تعاد بهم على وجه التعصيب لانهم لا يرثان الا على وجه التعصيب فاذا انفردت معه في القسمة رجعت الى الفرض لان هذا حكم مقاسمتها له وحكم مقاسمتها مخالف لحكم مقاسمتها به وهذا كما يقول في الاب والام والأخوة ان حكم حجب الاب للأخوة مخالف لحكم حجبهم الام من الثلث الى السدس (مسئلة) فان كان مع الاخت للجد والام أخوات لاب فان عليا وعبد الله يجعلان النصف للأخت للجد والام والسدس للأخت للجد والباقي للجدوز يد يجعل للجد الافضل من المقاسمة أو الثلث ثم يجعل للأخت للجد والام النصف فان فضل شيء كان للأخوات للجد وان لم يفضل شيء فلا شيء لهن (مسئلة) فان كان جده وأخت لاب وأم وأخ وأخت لاب ففي قول زيد الثلث للجد والثلثان بين الأخت للجد والام والأخ والأخت للجد ثم تأخذ الأخت للجد والام من ذلك النصف فيبقى السدس للأخ والأخت للجد للذكر مثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدة ﴾

صن مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن اسحق بن خشرية عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسامة الأنصاري فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به الالغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها ﴿ ش وقوله جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تسأله ميراثها يحتمل أن يريد تسأله الحكم لها ويحتمل أن يريد تسأله بمعنى تستفتيه في مسئلتها وقوله مالك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً اخبار منه بعدم النص من الكتاب والسنة في حكمها لانهما المقدمان في طلب الأحكام وقوله فارجعي حتى أسأل الناس يحتمل أن يكون سألهم عن النص لتجوز به أن يكون عندهم في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ما لم يحضره وهذا من تحفظه وتوقيفه أن لا يعمل نظره واجتهاده وقياسه وان عدم النص حتى يطلبه حيث يرجوعا منه من الناس وذلك لازم لكل مفت أو حاكم جوز وجود نص أن يسأل عنه ويبحث في طلبه وهذه سنة في مشاوره العالم العلماء طلبا للنص ويحتمل أن يكون سألهم على سبيل المشاورة لهم والتعاون بأرائهم ونظرتهم لينظر فيما يظهر لهم من ذلك على حسب ما يفعله العالم اذا أراد الفتيا بحضرة العلماء أن الحاكم اذا أراد انفاذا للحكومة فن الحزمه والتناهي في الاجتهاد أن يسأل من يحضره من أهل العلم فربما ظهر له من آرائهم أفضل مما ظهر اليه ما يقوى في ظنه صحة ما ظهر اليه اذا وقف على جميع ما ظهر اليهم ورأي ما عنده أفضل ورأي اعتراضهم على ما عنده غير صحيح أو تسليمهم لقوله واقرارهم بحجته والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الجدة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن اسحاق بن خشرية عن قبيصة بن ذؤيب انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها فقال لها أبو بكر مالك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقام محمد بن مسامة الأنصاري فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به الالغيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها

(فصل) وقوله فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهما السدس قول
بجمل الان يكون معناه فرض للوارثة من الجدات اذا لم تحجب السدس فرضا لازادة عليه ولا
ينقص منه الا بالعول فيكون ذلك عاما في الجدات الا ما خصه الدليل وذلك بان سأل أبو بكر عن
الجدة فأجاب بذلك المغيرة ويكون معنى أعطاهما السدس أى فرض لها السدس ويحتمل أن
يكون أبو بكر انما سأل عن الجدة التى عادت تسأله من عرف حالها وأى الجدات هى فقال المغيرة
أعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس يعنى تلك الجدة دون غيرها من الجدات وقول عمر بعد
هذا وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك يحتمل أن يريد ان الجدة التى كانت بسبب سؤال
أبي بكر الناس أو بسبب قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم للجدات بالسدس غير المرأة التى أتت
عمر بعد ذلك ويحتمل أن يريد به غير هذا النوع من الجدات وقدر وى ابن وهب من طريق ليس
بالقوى ان الجدة التى أعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس هى أم الأم قال فلذلك اذا كانت
هى أقرب حازته وان كانت هى أبة - دشاركت فيه واما التى ورث أبو بكر فلما كان عمر جاءته هى
الجدة أم الأب فقال لها ما أجلك فى كتاب الله عز وجل شيئا وسأل الناس قال فلم أجدا أحدا يخبرنى
بشيء فقال غلام من بنى حارثة لم لا تورثها يا أمير المؤمنين وهى لو تركت الدنيا وما فيها ورثها وهذه لو
تركت الدنيا وما فيها لم يرثها ابن ابنتها فورثها عمر وقال ان الله تعالى ليجعل فى الجدات خيرا كثيرا ثم
ورث زيد بن ثابت بعد الثالثة

(فصل) وقول أبي بكر للمغيرة لما أخبره بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك هل معك غيرك
على معنى التثبت وطلب تقوية غلبة الظن لاعلى معنى رد حديثه لأن المغيرة من فضلاء الصحابة
وفقهاءهم فلا يرد حديث مثله ولو لم يوجد معه غيره لأضاه أبو بكر ولكنه طلب رواية غيره فى ذلك
ليعلم الاتفاق عليها لأن ذلك أبعد من السهو والغلط وربما وجد ما يعدل به عن ظاهره بالتأويل
ومن هذا قلنا انه يرجح فى الروايات بكثرة العدد فلما قال محمد بن مسleme مثل ما قال المغيرة اتضح الأمر
عنده وتناهى فيه اجتهاده لاخبار فاضلين من الصحابة عن النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فى ملا من
الصحابة استدعاهم فى هذه القضية فلم يأت أحد منهم بخلافها فأنفذ له أبو بكر رضى الله عنه

(فصل) وقوله ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه تسأله ميراثها يقتضى انهما
جدتان وارثتان ولو كانت الوارثتان من الجدات أكثر من ذلك لقال ثم جاءت الجدة الثانية أو لقال ثم
جاءت جدة ثانية فأما هذا اللفظ التعريف فان ظاهره أن لا يستعمل الا فى الاثنين ووجه ذلك ان
الألف واللام تقتضى التعريف فلو كان معها من الجدات من يقع عليها هذا الاسم لم يصح أن يكون
ذلك معرفة والى هذا ذهب مالك انه لا يرث من الجدات الا اثنتان أم الأم وأم الأب وأمهاتهما وان علون
وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وروى عن الشافعى انه يرث من الجدات ثلاث الجدات
المتقدمتان وأم أبي الأب وهو قول ابن مسعود وبه قال أبو حنيفة والاوزاعى وروى عن ابن
عباس توريت أربع جدات المتقدمات وأم أبي الأم وبه قال ابن سيرين وعطاء والدليل على منع
توريت أم أبي الأب وأم أبي الأم ما روى عن عمر فى هذا الحديث للجدة الأخرى وما أنا بزاز فى
الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمع معتمافهم بينكما وأيتكما خلت به فهو لها فجعله لها عند
اجتماعهما وان لم يوجد فى الفريضة الا احدها فهو لها دون غيرها من الجدات وأبو حنيفة يجعله لها
ولأم أبي الأب واذا انفردت به احدها لم يكن لها ولأن أم أبي الأب تشاركها فيه وهذا قول عمر

* وحدثني عن مالك عن

يحيى بن سعيد عن القاسم
ابن محمد أنه قال أنت
الجدتان الى أبي بكر
الصديق فأراد أن يجعل
السدس للتي من قبل
الام فقال له رجل من
الانصار اما انت تترك التي
لومات وهو حي كان
اياها يرث فجعل أبو بكر
السدس بينهما * وحدثني
عن مالك عن عبد ربه
ابن سعيد أن أبا بكر بن
عبد الرحمن بن الحارث بن
هشام كان لا يفرض الا
للجدتين * قال مالك
الأمر المجتمع عليه عندنا
الذي لا اختلاف فيه والذي
أدركت عليه أهل العلم
ببلدنا أن الجدة أم الام لا
ترث مع الام ذنية شيئاً وهي
فيما سوى ذلك يفرض لها
السدس فريضة وأن الجدة
أم الاب لا ترث مع الام ولا
مع الاب شيئاً وهي فيما
سوى ذلك يفرض
لها السدس فريضة فاذا
اجتمعت الجدتان أم الاب
وأم الام وليس للتوفي
دونهما أب ولا أم قال مالك
فاني سمعت أن أم الام ان
كانت أقدمها كان لها
السدس دون أم الاب وان
كانت أم الأب أقدمها
أو كانتا في القعد من
المتوفي بمنزلة سواء فان
السدس بينهما نصفين

بعضرة الصحابة ولم ينكره عليه أحد ودليلنا من جهة القياس ان هذه جدة تدلى بالجد فلم ترث كالجدة
أم أبي الاب واستدلال في المسئلة وهو ان جنية الام في الجدات أقوى من جنية الاب بدليل أن الام
تسقط الجدات أجمع والاب لا يسقط الجدة أم الام ثم ثبت وتقرر انه لا يرث من جنية الام غير جدة
واحدة فبان لا ترث من جنية الاب غير جدة واحدة أولى

(فصل) وقوله وما كان القضاء الذي قضى به الالغيرك يريد به القضاء الذي قضى به أبو بكر للجدة
أم الام وقوله وما أنابنا في الفرائض شيئاً يريد به القضاء الذي قضى به أبو بكر للجدة أم الام وقوله
وما أنابنا في الفرائض شيئاً يريد به انه لا يفرض للجدات سدسا غير السدس الذي فرضه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقوله ولكنه السدس يريد والله أعلم ان فرض الجدات انما هو السدس فقط
واحدة كانت أو أكثر من ذلك لانه فرض ينفرده النساء فصاح الانفراد به والاشتراك فيه كربع
الزوجات أو ثمنهن

(فصل) وقوله فان اجتمعتم فهو بينكم كما يقتضي ان الوارثات من الجدات هما اثنتان ولذلك ذكرهما
بلفظ التثنية وان كانت المخاطبة واحدة ولو ورث منهن جماعة لقال فان اجتمعن فيه فهو بينكن
وأيتسكن خلت به فهو لها ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال أنت الجدتان
الى أبي بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الام فقال له رجل من الانصار اما انت تترك
التي لومات وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما * ش قوله أنت الجدتان الى أبي
بكر يريد أم الام وأم الاب ويحتمل أن يكونا أتيان في موروث واحد وفي موروثين فأراد أبو بكر أن
يجعل الموروث لأم الام ولعله حمل حديث المغيرة وابن مسلمة أو فهم انها المراد به من قولها فعارضه
رجل من الانصار لما كان أبو بكر يستشير جماعة الناس ومن يوجد عنده العلم في الاحكام بان الجدة
أم الاب لها في ذلك حق وأكدها لسيبها ووجه الموارثة بينها وبين المتوفي بانه يرثها وبيان ذلك ان
قراءة الجدة قرابة ثبتت بها التوارث فاذا كانت هذه القرابة ترث من لا يرثها المتوفي فبان ترثها من
يرثها المتوفي أولى وأحرى ولا يلزم هذه العمة والخالة لان تلك قرابة لا يرث بمثلها

(فصل) وقوله فجعل لها أبو بكر السدس بينهما يريد انه سوى بينهما فيه فجعله لها على السواء ولم
يراجدة أم الأب أولى به من الجدة أم الأم لما ذكره الانصارى وأما رأي أبي بكر أن سبب أم الأم أقوى
من وجه آخر وهو انها تدلى بالأومة وجنبتها في ميراث الجدات أقوى من جنية الأب لانها تدلى بمثل سببها
كالجد للاب جنبته أقوى في الميراث من جنية الأم لان الجد للاب يدلى بمثل سبب الأب ص * مالك
عن عبد ربه بن سعيد ان أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام كان لا يفرض الا للجدتين * ش
قوله كان لا يفرض الا للجدتين يريد أم الام وأم الاب وأما هاتهما واحدة وانه لا يفرض لجدة غيرها
وقد روى عن علي وزيد وابن عباس انهم ورثوا الجدات وان كانا كن في درجة واحدة وقد تقدم
من الكلام في ذلك ما يغني عن اعادته وبالله التوفيق ص * قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي
لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان الجدة أم الام لا ترث مع الام ذنية شيئاً وهي فيما
سوى ذلك يفرض لها السدس فريضة وان الجدة أم الأب لا ترث مع الأم ولا مع الأب شيئاً وهي فيما سوى
ذلك يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان أم الاب وأم الام وليس للتوفي دونهما أم ولا
أب * قال مالك فاني سمعت أن أم الام ان كانت أقدمها كان لها السدس دون أم الاب وان كانت أم
الاب أقدمها أو كانتا في القعد من المتوفي بمنزلة سواء فان السدس بينهما نصفين * ش قوله ان

الجدّة أمّ الأم لا ترث مع الأم شيئاً قول متفق عليه لا اختلاف فيه لأنها تدلى بالأم وترث بمثل سببها فكانت محجوبة بها وأمّ الجدّة أمّ الأب فهي أيضاً محجوبة بالأم لما ذكرناه من أنها تدلى بمثل سببها والأم أقرب قرابة منها فوجب أن تحجبها والأب يحجب الجدّة للأب خلافاً لما روى عن ابن مسعود ووجه ذلك أنها مما كانت تدلى به على وجه الولادة من غير أن يحجبها كما يحجب الجدّ وأنها وارثة تدلى بعاصب فوجب أن يحجبها العاصب كالم والجد ولا يحجب الجدّة للجد لأنها لا تدلى به ولا ترث بمثل سببها لأنها ترث بالأمومة وهو يرث بالابوة فلم يحجبها كما تحجب الأم

(فصل) فإذا اجتمعت الجدّتان أمّ الأم وأمّ الأب ولم يكن من الأبوين من يحجبهما أو أحدهما فإن كانتا في قعد واحد فالسّدس بينهما على السواء على حسب ما تقدم وان كانتا أحدهما أقرب فإن كانت القرى من جهة الأم بدرجّة أو درجات حجت البعدي وهذا قال زيد وعلى وجهه التابعين وروى النخعي والشعبي عن ابن مسعود أنه قال السّدس للقرى والبعدي إذا كانتا من جهتين مختلفتين فإن كانتا من جهة واحدة فالسّدس لأقربهن والدليل على ما قدمناه من أن الأم تحجب أمّ الأب فكذلك أمّ الأب تحجب أمّ الأم (مسألة) فإن كانت القرى من جهة الأب بدرجّة أو درجات فالسّدس بينهما وهذه رواية خارجة بن زيد وابن المسيب عن زيد بن مالك وهي إحدى الروايتين عن الشافعي وروى عن علي أنه يجعل السّدس للقرى وهي رواية النخعي والشعبي عن زيد بن مالك قال أبو حنيفة وهي الرواية الثانية عن الشافعي والدليل على صحة القول الأول أن الأم لا تحجب أمّ الأم فكذلك أمّ الأب لا تحجب أمّ الأم وإن من يرث بالأم من جهة البنوة لا يسقط بمن يدلى بالأب من تلك الجهة وكذلك من يدلى بالأم من جهة الأمومة لا يسقط من يدلى بالأب من تلك الجهة (فصل) وقوله في فرض لها فيساوي ذلك السّدس يعني أنه فرضها إذا انفردت وعلى هذا جمهور الفقهاء وروى ابن سيرين أن الجدات ليس لهن سهم وإنما هي طعمة أعطتها والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور أن الميراث لا يكون إلا بفرض أو تعصيب وقد ثبت أن الجدّة ليست من أهل التعصيب فلم يبق إلا أن ترث بالفرض ص قال مالك ولا ميراث لأحد من الجدات إلا للجدتين لأنه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة ثم سأله أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبوت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه ورث الجدّة فأنفذه لها ثم أتت الجدّة الأخرى إلى عمر بن الخطاب فقال لهما أنا نازنا في الفرائض شيئاً فإن اجتمعما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الإسلام إلى اليوم وهذا كما قال أنه لا يرث من الجدات غير جدتين أمّ الأم وأمّ الأب وأمهاتهما وقد تقدم ذكر ذلك وقوله وقد بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة يريد بذلك أنه لا يثبت ميراث الجدّة الأبأ حدهذين الأهرين وهو ما بلغه أبو بكر أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة وهي عنده أمّ الأم والثانية التي جاءت إلى عمر فقال لهما إنما هو السّدس فأيتكما خلت به فهو لها فإن اجتمعما فيه فهو بينكما وهي أمّ الأم وسائر الجدات لم يثبت لهن حق ولا ذكرهن عمر في قضائه للجدّة بالميراث وإنما ذكر جدتين بالثنية فدل ذلك على اختصاص الحكم بهما وقول مالك ولم نعلم أحدا ورث غير جدتين مع ما قدمناه من الاختلاف في ذلك يحتمل أن يريد به إنفاذه الحكم وإن جاز أن يراه ابن مسعود وغيره ولكنه لم يبلغه أنه أنفذ حكمه لأن القائل به كان يخالفه الجمهور الغير فكان ينفذ الحكم بقول الجماعة دون قول الواحد ولذلك لم ينسب توريت أمّ الأب إلى عبد الله وحده وتوريت أمّ الأب إلى ابن عباس من طرق ليست بالقوية ولعل مالكا قد أراد أن

قال مالك ولا ميراث لأحد من الجدات إلا للجدتين لأنه بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث الجدّة ثم سأله أبو بكر عن ذلك حتى أتاه الثبوت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه ورث الجدّة فأنفذه لها ثم أتت الجدّة الأخرى إلى عمر بن الخطاب فقال لهما أنا نازنا في الفرائض شيئاً فإن اجتمعما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها قال مالك ثم لم نعلم أحدا ورث غير جدتين منذ كان الإسلام إلى اليوم

﴿ ميراث الكلالة ﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم (٢٤١) أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه

وسلم يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف

آخر سورة النساء * قال مالك الأمر المجتمع عليه

عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه

أهل العلم ببلدنا أن الكلالة على وجهين فالأية التي

أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك

وتعالى وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة

وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن

كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه

الكلالة التي لا ترث فيها الاخوة للام حتى لا يكون

ولد ولا والد وأما الآية التي أنزلت في آخر سورة النساء التي

قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة أن امرؤ

له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها

إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما

ترك وإن كانوا رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين

يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم * قال مالك فهذه

الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبة إذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة * وهذا كما قال ابن كثير من العلماء * أحدهما من لا يرث مع الوالد وان علا

والمولودين وان سفوا كالاخوة للام وذلك ما تضمنه حكمه الآية التي في أول سورة النساء وقد ذكر الله تعالى فيها الكلالة فقال وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فهو لاء الاخوة من الأم خاصة فتى ما انفرد ذكرهم وأنشأهم فله السدس ومتى كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث * والوجه الثاني من الكلالة من لا يرث مع الابن وابن الابن ولا مع الأب ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن وذلك ما تضمنه حكمه الآية التي في آخر سورة النساء وقد ذكر الله فيها الكلالة أيضا فقال يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة فهو لاء من الكلالة التي ذكرهم مخالف

ذلك لم يثبت عنده عن أحد من الأئمة وان ما روى من ذلك عن ابن مسعود وابن عباس لم يثبت عنهما والله أعلم وأحكم

﴿ ميراث الكلالة ﴾

ص * مالك عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف في آخر سورة النساء * ش قوله إن عمر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكلالة يستعمل أن يسأل عن حكمهم في الميراث ويحتمل أن يسأل عن يستحق هذا الاسم من الورثة أو المورثين وقد روى عن أبي بكر وعمر وابن عباس الكلالة من لا ولد ولا والد وهذا يقتضي أن الكلالة المورث على هذه الصفة وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك آية الصيف يقتضي أن السؤال كان عن أحكام الوارثين وقوله تعالى وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة ظاهره أنه يورث على هذا الحال والله أعلم وقد قيل إن الكلالة اسم للورثة

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يكفيك من ذلك الآية التي أنزلت في الصيف في آخر سورة النساء يريد قول الله تعالى يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة أن امرؤ له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك الآية إلى آخر السورة وهذه الآية أنزلت في شأن جابر بن عبد الله بن عمرو السامي فبا رواه ابن المنكدر عن جابر قال مرصت فأتاني النبي صلى الله عليه وسلم ليعودني هو وأبو بكر ماشيين وقد أغمى علي فلم أكلمه فتوضأ فصب علي فأنفقت فقلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات فنزلت آية الميراث يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة أن امرؤ له ولد وله أخت فلهما السدس روى أبو اسحق عن البراء أن هذه آخر آية نزلت خاتمة سورة النساء يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أن الكلالة على وجهين فالأية التي أنزلت في أول سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث فهذه الكلالة التي لا ترث فيها الاخوة للام حتى لا يكون ولد ولا والد وأما الآية التي أنزلت في آخر سورة النساء التي قال الله تبارك وتعالى فيها يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة أن امرؤ له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما

ترك وإن كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم * قال مالك فهذه الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبة إذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة * وهذا كما قال ابن كثير من العلماء * أحدهما من لا يرث مع الوالد وان علا والمولودين وان سفوا كالاخوة للام وذلك ما تضمنه حكمه الآية التي في أول سورة النساء وقد ذكر الله تعالى فيها الكلالة فقال وإن كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فهو لاء الاخوة من الأم خاصة فتى ما انفرد ذكرهم وأنشأهم فله السدس ومتى كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث * والوجه الثاني من الكلالة من لا يرث مع الابن وابن الابن ولا مع الأب ويرث مع الجد والبنت وبنت الابن وذلك ما تضمنه حكمه الآية التي في آخر سورة النساء وقد ذكر الله فيها الكلالة أيضا فقال يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة فهو لاء من الكلالة التي ذكرهم مخالف

(٣١ - منتقى - سادس) الكلالة التي تكون فيها الاخوة عصبة إذا لم يكن ولد فيرثون مع الجد في الكلالة

ص * حدثني يحيى عن مالك عن محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الرحمن بن حنظلة الزرقى أنه أخبره عن مولى لقريش كان قديما يقال له ابن مري أنه قال كنت جالسا عند عمر بن الخطاب فهاصلى الظهر قال يا رفا هلم ذلك الكتاب لكاتب كتبه في شأن العمة فنسأل عنها ونستخبر عنها فأنا به رفا فدعابتنور أوقدح فيه ماء فحاذك الكتاب فيه ثم قال لورضيك الله وارثة أفرئك لورضيك الله أفرئك * مالك عن محمد بن أبي بكر بن حزم أنه سمع أباه كثيرا يقول كان عمر بن الخطاب يقول عجبا للعمة نورث ولا ترث * ش قوله ليرفا بأمر الصلاة هلم ذلك الكتاب ليسأل عنها

﴿ ميراث ولاية العصبه ﴾ * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبه أن الأخ للاب والام أولى بالميراث من الأخ للاب والأخ (٢٤٣) للاب أولى بالميراث من بنى الأخ للاب والام وبنو

الأخ للاب والام أولى من بنى الأخ للاب وبنو الأخ للاب أولى من بنى ابن الأخ للاب والام وبنو ابن الأخ للاب أولى من المم أخى الأب للاب والام والمم أخو الأب للاب والام أولى من المم أخى الأب للاب والمم أخو الأب للاب أول من بنى المم أخى الأب للاب والام وابن المم للاب أولى من عم الاب أخى أبي الأب للاب والام * قال مالك وكل شئ شئت عنه من ميراث العصبه فانه على نحو هذا

أنسب المتوفى ومن ينزع في ولايته من عصبته فان وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه الى الأب الأدنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدت كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقدمهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الأطراف وان كان ابن أب وأم وان وجدت منهم مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بنى أب أو بنى أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواء منهم أمها وأخو أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبنى أخى المتوفى لأبيه وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شئ ش

ويستخير يحتمل انه خص ذلك الوقت بهذا المعنى لحضور فقهاء العصبه الصلاة ولعله أن يكون قد تبين حينئذ اليه من حكمها ما خفي عليه قبل ذلك فأراد أن يشاورهم فيما ظهر اليه من ذلك ونحو ذلك في القدر أو التور وقوله لو رضى الله أقره يحتمل أن يريد به إسقاط العمة من أهل الموارث وان الله تعالى لو رضى الورثة لأقرها بعد الاستشارة والمشاورة بان يقوى في نفس عمر وسائر العصبه وجوب الميراث لها ويرى بهم وجه الصواب في ذلك فلما لم يرم ذلك مع ما أمرهم به من اجتهاد اراى بطل أن يكون جعل لها في الميراث حقا ويحتمل أيضا أن يكون أراد بذلك الرقعة التي محاسنها كان فيها اثبات الميراث للعمة وأنفقه عنها وان الله لم يرض تلك البطاقة لما لم يقرهم عليها ولم يرم صوابها الآن المعروف من مذهب عمر منع العمة الميراث وسيأتي في ميراث ذوى الارحام من المسائل التي اختلف فيها العصبه فالشهور عن عمر منع ذلك وبه قال زيد بن ثابت واليه ذهب مالك والشافعي وروى عن ابن مسعود توريشهم وبه قال أبو حنيفة وذوو المحارم هم بنو البنت وبنو الأخت وبنات الأخ من الأب والأم وبنات الأخ من الأب وبنو الاخوة من الأم والعمة واخالة وبنات المم واخوال المم وأخوال الأب للام وأولاده والجدة أم أبي الأم والدليل على ما نقله ان بنت البنت شخص لا ترث مع الأخ المساوى لها في القرابة فوجب أن لا ترث اذا انفردت أصل ذلك بنت العمة ولا يلزمها على هذا الأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم فانه غير مساو له في القرابة

﴿ ميراث ولاية العصبه ﴾

ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا في ولاية العصبه أن الأخ للاب والام أولى بالميراث من الأخ للاب والأخ للاب أولى من بنى الأخ للاب والام وبنو الأخ للاب أولى من بنى ابن الأخ للاب والام وبنو ابن الأخ للاب أولى من المم أخى الأب للاب والام والمم أخو الأب للاب والام أولى من المم أخى الأب للاب والمم أخو الأب للاب أول من بنى المم أخى الأب للاب والام وابن المم للاب أولى من عم الاب أخى أبي الأب للاب والام * قال مالك وكل شئ شئت عنه من ميراث العصبه فانه على نحو هذا أنسب المتوفى ومن ينزع في ولايته من عصبته فان وجدت أحدا منهم يلقى المتوفى الى أب لا يلقاه أحد منهم الى أب دونه فاجعل ميراثه للذي يلقاه الى الاب الأدنى دون من يلقاه الى فوق ذلك فان وجدت كلهم يلقونه الى أب واحد يجمعهم جميعا فانظر أقدمهم في النسب فان كان ابن أب فقط فاجعل الميراث له دون الأطراف وان كان ابن أب وأم وان وجدت منهم مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بنى أب أو بنى أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواء منهم أمها وأخو أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبنى أخى المتوفى لأبيه وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شئ ش

مستوين وينسبون من عدد الآباء الى عدد واحد حتى يلقوا نسب المتوفى جميعا وكانوا كلهم جميعا بنى أب أو بنى أب وأم فاجعل الميراث بينهم سواء وان كان والد بعضهم أخا والد المتوفى للاب والام وكان من سواء منهم أمها وأخو أبي المتوفى لأبيه فقط فان الميراث لبنى أخى المتوفى لأبيه وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله ان الله بكل شئ ش

وهذا على ما قال ان ادخل للاب والام أولى من الاخ للاب لان الام يدلى بها الى الميراث اذا انفردت كما يدلى بالاب اذا انفرد فاذا اجتمعا كان أقوى من انفراد أحدهما وكذلك الميراث في العمومة وان كان العم للام لا مدخل له في الميراث الا انه لما كانت الام سببا في الميراث بالجللة قويت جنبته من وجدت في جهته كما ان الام بانفرادها لا تكون سببا الى ميراث جميع المال وقديقوى جنبته الاخ للاب والام فيستحق جميع المال وهذا مع التساوي في الدرجة من الميت مثل ان يكون جميعهم اخوة أو أعماما في درجة أو بنى عم في درجة واحدة فان اختلفت درجاتهم فذلك على وجهين أحدهما اختلافهما مع اختلاف الاسباب الثاني اختلافهما مع اتفاق الاسباب فأما اختلاف الدرجات مع اختلاف الاسباب فكالأخوة مع الأعمام وبنى الأعمام فالأخوة أقرب لانهم يدلون بالاب والأعمام يدلون بالجد وكذلك بنو الأعمام يدلون بالجد فكان الأخوة أولى أخوة كانوا لاب وأم وأولاب لانهم يدلون بالاب وهو أقرب من الجدوان كانوا أعماما كلهم أو بنى عم كلهم واختلفت درجاتهم فكالأعمام أخوة الاب مع الأعمام أخوة الجد فان الأعمام أخوة الاب أولى بالميراث وهو معنى قول مالك ان من يلقى الميت الى أب لا يلقاه غيره الى أب أقرب منه فله الميراث ومعنى ذلك أن الأعمام يدلون بالجد أبى الأب والأعمام أخوة الجد يدلون بالجد أبى أبى الأب وكل من أدلى بالأقرب فله الميراث دون من أدلى باب أبعد (مسئلة) ومن ترك خالا هو ابن عم لاب وأخا لام وهو ابن عم لاب فلاخ للام السدس وما بقى ينسب وبين الخال بالسوية لانهما ينسب في درجة واحدة ووجه ذلك أن الخال لاحظ له في الميراث والأخ للام يرث بالفرض السدس واذا اجتمع لاحد الوارثين سببان وانفرد الآخر بسبب واحد فان كان السببان من جنس واحد كابنى العم أحدهما ابن عم لاب وأم والآخرا ابن عم لاب فان تأثيره أن يحجب ذوالسببين ذا السبب الواحد وان كان السببان من جنسين مثل أن يكون أخو الأم هو ابن عم مع ابن عم ليس بأخ لام فان تأثير السببين أن يرث بكل واحد منهما فيرث بسبب الفرض أولا ثم يساويه في بقية الميراث بالتعصيب لتساويهما فيه والله أعلم (مسئلة) ولو ترك الميت أخوين لام أحدهما ابن عم لورثا بالأخوة للام الثلث بينهما ثم يرث الأخ الذي هو ابن عم بالتعصيب بقية المال وذلك على ما قدمناه (مسئلة) وهذا اذا تحقق الوارث بالذكورة أو الأنوثة فان كان خنثى فانه ينظر الى مباله فاب بال من ذكره فحكمه حكم الذكور في ميراثه وصلاته والصلاة عليه وغير ذلك من أحكامه وان بال من فرجه فحكمه في ذلك حكم المرأة وان بال منها فهو الخنثى المشكل فقضى ابن عجلان الفرضي ينظر أيهما يبدأ البول أولا وروى ذلك عن علي بن أبي طالب وان بال منها جميعا سواء فهذا الخنثى المشكل واتفق أهل الفرائض على أن له نصف ميراث رجل ونصف ميراث امرأة فان انفرد وحده فله ثلاثة أرباع الميراث قال ابن غالب لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك وقد اختلفوا في الحساب فقال بعضهم من توفي وترك ابنا خنثى وابنا صحيحا فان فريضة من سبعة للصحيح أربعة وللخنثى ثلاثة ومنهم من قال فريضة من خمسة للخنثى سهمان وللصحيح ثلاثة ومنهم من قال فريضة من ثمانية للصحيح خمسة وللخنثى ثلاثة وذلك كله غلط في الحساب والصواب في ذلك أن تعمل فريضة من فريضة على أنه ذكر وفريضة على أنه أنثى ففريضة على أنه ذكرانه من اثنين لكل واحد منهما النصف وفريضة على أن أحدهما أنثى من ثلاثة للذكر اثنان وللأنثى واحد فاضرب ثلاثة في اثنين فذلك ستة ثم أضف الستة فذلك اثناعشر وانما أضفنا الستة ليكون ما يبذل لكل واحد منهما من التضعيف والتأنيث نصف صحيح ثم اقسم الاثنى عشر على أنهم اذ كانا فلكل واحد منهما ستة ثم اقسمها على أن أحدهما أنثى فيكون للذكر ثمانية وللأنثى أربعة وهى أسوأ حالتها ما يصير

لهما في أفضل حالتهما ستة فيعطى شطر ما بين حالتيه وذلك خمسة أسهم ويعطى أخوه ما بين الحالتين وذلك سبعة لانه يستحق بحال ذكرورة أخيه ستة وبحال أنوثته ثمانية والله أعلم ص **قال مالك** والجدة أبو الأب أولى من بنى الأخ للاب والام وأولى من العم أخى الأب للاب والام بالميراث وابن الأخ للاب والام أولى من الجدة بولاء المولى **ش** وهذا على ما قال ان الجدة أبا الأب يحجب به الأخ للاب والام وذلك أن الجدة أولى بالميراث من الأخ للاب والام اذا ضاق عنهما لانه من أهل الفروض ولذلك يرث مع الابن السدس ولا يرث الأخ مع الابن شيئا لكنه اذا فضل المال عن فرض الجدة ورث معه الاخ بالتعصيب لان لكل واحد منهما تعصبا والاخ يعصب أخته والجدة يرث مع الابن فلذلك لم يحجب أحدهما الآخر عن التعصيب وأما ابن الاخ فلا يعصب أخته ولذلك حجبته الجدة لقوة أسبابه التي يرث بها وهذا حكم الجدة أبي الأب فأما أبو أبي الأب فانه أيضا أولى من بنى الاخ والاعمام وبنى الاعمام لانه جد كالأدنى وأما الجدة أبو الأب فانه يحجب أباه كما يحجب الاب الجدة فكل أب يحجب من فوقه كما أن كل ابن يحجب من تحته لان الميراث انما يستحق بالقرب والله أعلم

(فصل) والجدة أولى من العم أخى الاب للاب والام ووجه ذلك أن العم انما يدلى بالجدة فكان كالاخ مع الاب لما أدلى به لم يرث معه وانما يرث مع عدمه وأيضا فان تعصيب العم ليس بالقوى لانه لا يعصب أخته فكان كابن الاخ لا يرث مع الجد لضعف تعصبيه لانه لا يعصب أخته وانما يرث مع الجد بالتعصيب من قوى تعصبيه حتى يعصب أخته كالاخ والابن وابن الابن

(فصل) وقوله وابن الاخ للاب والام أولى من الجدة بولاء المولى ووجه ذلك أن الولاء لا يرث الا بمحض التعصيب وليس فيه فروض والاخ وابن الاخ محض تعصبا من الجد لانهم لا يرثون الا بالتعصيب فكان سببهم أقوى في الولاء ولا يقوى تعصيب الجد بالفرض في الولاء لانه لا مدخل للفروض فيه وأما الأب فانه أحق بالولاء من الاخوة وان كان يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بهما لان الاخوة يدلون به فكان أحق بذلك منهم وليس كذلك الجد فانهم لا يدلون به وحكم الاخوة مع الاب كحكم الاعمام مع الجد والله أعلم (مسئلة) فقد تقدم الكلام في ذكر من يرث في هذا الكتاب فليذكر العمل في موارد يتم به بيان أحكامهم ومعنى ذلك على الإيجاز أن الفروض ستة وقد تقدم ذكرها ويخرج حسابها من سبعة أصول الاثنين والثلاثة والاربعة والستة والثمانية والاثني عشر والاربعة وعشرين وذلك أن الاثنين ابتداء أصول المسائل ثم تضاعف الى أربعة ثم تضاعف الى ثمانية فاذا كانت المسئلة نصفاً ومابقي أو نصفاً ونصفاً فهي من اثنين وان كانت ربعاً ومابقي أو ربعاً ونصفاً ومابقي فهي من أربعة وان كانت ثمناً ومابقي أو ثمناً ونصفاً ومابقي فأصلها من ثمانية وهذه الأصول الثلاثة لا بد خلها عول لاختصاص سهامها بأحد الاصلين والاصل الثاني أوله من ثلاثة ثم يضاعف الى ستة ثم يضاعف الى اثني عشر ثم يضاعف الى أربعة وعشرين فان كان في المسئلة ثلث ومابقي أو ثلث وثلثان فأصل المسئلة من ثلاثة وهذه المسئلة أيضا لا تعول لاختصاصها بأحد الاصلين وان كان في المسئلة نصف مع ثلث أو سدس فهي من ستة وان كان فيها ربع مع ثلث أو سدس فهي من اثني عشر وان كان فيها ثمن مع ثلث أو سدس فهي من أربعة وعشرين وهذه المسائل الثلاث تعول لاجتماع الاصلين فيها فأما المسئلة التي أصلها من ستة فهي تعول الى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فاذا عالت الى عشرة سميت ذات الفروض وهي أكثر المسائل عولا لأنها عالت بقسميها واذا عالت الى تسعة فبعضهم يسميها الغراء وهي الاكدرية واذا كان أصل المسئلة

قال مالك والجدة أبو الأب
أولى من بنى الأخ للاب
والام وأولى من العم أخى
الاب للاب والام بالميراث
وابن الاخ للاب والام أولى
من الجدة بولاء المولى

من اثني عشر عالت الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر واذا كان أصل المسئلة من أربعة وعشرين عالت الى سبعة وعشرين وهى المنبرية (مسئلة) فاذا تركت المرأة زواجا واختين لأب فأصلها من ستة وتقول الى سبعة واذا تركت زواجا وأختين لأم فأصلها من ستة وتقول الى ثمانية واذا تركت زواجا وأختين لأختين لأب فأصلها من ستة وتقول الى تسعة واذا تركت المرأة زواجا وأختين لأختين لأختين لأب فأصلها من ستة وتقول الى عشرة وللزوج النصف وهو ثلاثة وللأم السدس وللأختين للام الثلث وللأختين للام والاب الثلث وتقول الى عشرة وقد تقدم ذكرها (مسئلة) واذا توفي رجل وترك زوجة وثلاث اخوات متفرقات أصلها من اثني عشر وللزوجة الربع بثلاثة وللأخت للام السدس باثنين وللأخت للاب والام النصف بستة أسهم وللأخت للاب السدس بسهمين تقول الى ثلاثة عشر ولو خلفت المرأة زواجا وأبوين وابنة وابنة ابن أصلها من اثني عشر وللزوج الربع بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان أربعة أسهم وللأختين النصف بستة أسهم ولأبنة الابن السدس باثنين تقول الى خمسة عشر ولو خلف رجل زوجة وأختين لأب وأختين لأب فأصلها من اثني عشر للمرأة الربع بثلاثة أسهم وللأختين للام الثلث بأربعة أسهم وللأختين للاب الثلثان بثمانية أسهم تقول الى سبعة عشر (مسئلة) ولو توفي رجل وترك زوجة وأبوين وابنتين فأصلها من أربعة وعشرين للمرأة الثمن بثلاثة أسهم وللأبوين السدسان بثمانية أسهم وللأبنتين الثلثان ستة عشر سهمان تقول الى سبعة وعشرين

(فصل في تصحيح المسائل)

وتصحيحها ان تضرب عدد من لا تنقسم عليهم سهامهم في أصل المسئلة وعولها فما خرج فنه تصح المسئلة وذلك مثل زوج وأختين أصلها من اثنين للزوج النصف وللأختين النصف لا ينقسم عليهما فتضرب عددهما وهما اثنان في أصل المسئلة وهما اثنان يكون أربعة منه تصح المسئلة فيكون للزوج النصف بسهمين وللأختين النصف بسهمين لكل واحد منهما سهم ولو تركت زواجا وأختين وأختين لأب فأصلها من اثنين للزوج النصف سهم وللأخت النصف لا ينقسم عليهما فيعد الأخ باثنين لأن له مثل ما لأخته فتضرب أصل المسئلة في ثلاثة تكون ستة منها تصح المسئلة للزوج النصف ثلاثة وتبقى ثلاثة بين الأخ والأخت للذكر مثل حظ الانثيين والله أعلم (مسئلة) فان كان عدد الورثة موافقا لسهامهم مثل ان يكون لعدد نصف ونصف وثلث وثلث أو ربع وربع أو ربع أو ربع أو ربع أو ربع من الاجزاء فيرد عددهم الى ذلك ثم تضرب الراجع في أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وذلك مثل امرأة تركت زواجا وأختين وأختين لأب فأصلها من ستة عشر ابنة أصل مسلتهم من ثلاثة للزوج بالفرض والتعصيب الثلث ويبقى الثلثان وهما سهمان للبنات لا ينقسم عليهن لكن توافقهن بالنصف فتضرب نصف عددهن وهو سبعة في أصل المسئلة وهو ثلاثة يكون احدا وعشرين منها تصح المسئلة للزوج سبعة وللبنات أربعة عشر سهم (مسئلة) فان كان في المسئلة أعداد مختلفة لا تنقسم سهامها فاضرب الأعداد بعضها في بعض فما اجتمع فاضرب به في أصل المسئلة وعولها وذلك مثل رجل توفي وخلف أربعة نسوة وأربعة وثلاثين أخا لأب وسبعة وثلاثين أختا لأب المسئلة من اثني عشر للزوجة الربع بثلاثة لا تصح عليهن ولا توافق وللأخت للام الثلث بأربعة سهام لا تنقسم عليهن ولا توافق وللأخت للاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فتضرب أربعة في أربعة وثلاثين فما اجتمع ضربته في المسئلة فما اجتمع فنه تصح المسئلة

(مسئلة) فان كان من لاتنقسم عليهم سهامهم يوافق عددهم بجزء من الأجزاء نصف أو ثلث أو ربع أو أقل من ذلك أو أكثر أخذت وفق عددهم لسهامهم ثم ضربت بعض ذلك في بعض فما اجتمع ضربته في أصل المسئلة وعولها ان كانت عولاً فما اجتمع صحت منه المسئلة مثال ذلك ثلاث نسوة وأربعة عشر أخالام واثنان وثلاثون أخالاب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة سهام ينقسم عليهن وللأخوة للام الثلث بأربعة سهام وللأخوة للاب الثلثان بنائية أسهم لاتنقسم عليهم ويوافقهم بالنصف فيرجعون الى تسعة وللأخوات الثلثان بنائية أسهم لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالأثمان فيرجعن الى ثمنين وذلك أربعة فتضرب ثلاثة في أربعة ثم في سبعة فذلك أربعة وعشرون ثم في أصل المسئلة وعولها وذلك خمسة عشر فذلك ألف ومائتان وسبعون ومنها تصح المسئلة من له سهم ضرب له في أربعة وثمانين (مسئلة) فلن كانت الأعداد بموافقتها اياها لسهامها يوافق بعضها بعضاً فوافق وفق أحد الأعداد واردد الأعداد الأخرى الى موافقتها للعدد الموقوف في خارج ضربت بعضها في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف وما اجتمع في الأصل وعولها مثال ذلك أربعة نسوة وستة وثلاثون أخالام وثمانية وأربعون أخالاب المسئلة من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافقهن وللأخوة للام الثلث بأربعة أسهم لاتنقسم عليهم وتوافقهم بالربع فيردون الى ربعهم وذلك تسعة وللأخوات للاب الثلثان ثمانية لاتنقسم عليهن وتوافقهن بالثمن فيردون الى ثمنين وذلك ستة فتبقى معاً أربعة وستة وتسعة فتوقف الستة وتجد الأربعة توافق الستة بالنصف والتسعة توافقها بالثلث فتضرب نصف الأربعة في نصف الستة تكن ستة ثم تضربها في الستة الموقوفة تكن ستة وثلاثين ثم تضربها فيما عالت اليه المسئلة وذلك خمسة عشر تكن خمسة وأربعين منها تصح المسئلة من كان له شيء في أصل المسئلة ضرب له في ستة وثلاثين للنسوة ثلاثة في ستة وثلاثين تكون مائة وثمانية لكل واحد سبعة وعشرون وللأخوة مائة وأربعة وأربعون وللأخوات مائتان وثمانية وعشرون لكل واحد ستة (مسئلة) وان كان من الأعداد بعد ذلك اياها بموافقتها لسهامها متساوية أجزاً أحدها عن سائرهما وان كان أحد عدد الأجزاء منتسباً الى جزء من العدد الآخر مثل أن يكون نصفه أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك من الأجزاء فان الأكثر يجزى عن الأقل ويعتبر ذلك بأن ينقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة أو ينقص الأقل والأكثر فيفنيه أو يزيد على الأقل مثله حتى يساوى الآخر فان لم يكن كذلك لم يكن جزءاً منه ولا دخلاً فيه مثال ذلك أن يكون أحد العددين خمسة والآخر عشرين فان خمسة داخل في العشرين لانك ان نسبتها منها فهي ربعها وان زدت على الخمسة ثلاثة أمثالها ساوتها وان نقصت الخمسة من العشرين أفنتها ولو كانت ستة مع عشرين لم تدخل فيها لانك ان نقصت من العشرين ستة ثلاث مرات لم توافق بل يبقى منها اثنان ولا تنسب منها ربع ولا خمس وانما هي ثلاثة أعشار مثال ذلك أربعة نسوة وستة عشر أخالام وأربعة وستون أخالاب للزوجات ثلاثة سهام لاتنقسم عليهن ولا توافقهن وللأخوة للام الثلث بأربعة سهام لاتنقسم عليهن ولا توافقهن بالأثمان فيرجعن الى ثمنين وذلك ثمانية فصار عدد الزوجات وما بقي من عدد الأخوة أربعة أربعة فينبو أحدهما عن الآخر ثم تجد الأربعة تدخل في الثمانية فجزى عنها فتضرب الثمانية في أصل المسئلة وعولها فذلك مائة وعشرون منها تصح المسئلة من له شيء ضرب له في ثمانية فللزوجات ثلاثة أسهم مضروبة في ثمانية وللأخوة للام أربعة سهام مضروبة في ثمانية

(فصل) ولا يخلو التصحيح من سبع علل ثلاثة في السهام وأربعة في الأعداد فالتى في السهام أن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم فلا يحتاج إلى ضرب أو لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فتضرب عددهم في المسئلة وعولها إن كانت عائلة والثانية أن لا تنقسم وتوافقهم فتضرب وفق عددهم في المسئلة وعولها وأما في الأعداد فإن تكون الأعداد متساوية فيجزى* أحدها عن باقيها أو يكون أحد العددين داخل في الآخر وجزأ منه فيجزى* الأ*كثر عن الأقل أو تكون الأعداد مختلفة لا يوافق بعضها بعضا فتضرب بعضها في بعض ثم ما اجتمع في أصل المسئلة أو تكون الأعداد مختلفة و يوافق بعضها بعضا فأنك توقف أحد الأعداد ثم ترد الأعداد الأخرى إلى الجزء الموافق لها ثم تضرب الراجع بالموافقة بعضه في بعض ثم ما اجتمع في جميع العدد الموقوف فما اجتمع ضربته في أصل المسئلة وعولها فما اجتمع صحت منه المسئلة وهذه طريقة البصريين في التصحيح والكوفيين طريقة أخرى سندكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى لعلها أن تكون أقرب تناولا عند بعض من ينظر في ذلك والله التوفيق

(فصل) في معرفة الموافقة بالأجزاء وذلك أنك تنقص أقل العددين من أكثرهما فإن فني به فانه يوافق باقى أقل العددين من الأحاد فإن بقي من العدد الكثير أقل من العدد القليل ما تنقص ذلك من العدد القليل فإن فني توافقا بأخذ العدد الذى يفنى به وهكذا أبدأ الانزال تنقص ما بقى من كل عدد مما بقى من الآخر حتى يفنى أحدهما بالآخر فإن فني بواحد فليست بينهما موافقة فإن فني باثنين فالموافقة بينهما بالنصف وإن فني بثلاثة فالموافقة بينهما بالثالث فإن فني بأربعة فالموافقة بينهما بربع فإن فني بأحد عشر فالموافقة بينهما بأجزاء أحد عشر وكذلك سائر الأعداد ومثال ذلك إذا قيل بما توافق ثمانية اثنين وثلاثين فتقص من اثنين وثلاثين أربع مرات فانهاتفنى فيعلم أنها توافقها بالثمان وإذا قيل لك بما يوافق واحد وعشرون تسعة وأربعين فانقص أحدًا وعشرين مرتين من التسعة والأربعين يبقى سبعة فانقص السبعة من الأحد والعشرين تفنيها فاعلم انها مائة بقان بالاسباع فإن قيل بما توافق مائة وعشرون مائة وخمسة وستين فانقص مائة وعشرين من مائة وخمسة وستين يبقى خمسة وأربعون انقصها من المائة وعشرين مرتين تبقى ثلاثون ثم انقص الثلاثين من الخمسة والأربعين مرة تبقى خمسة عشر انقصها من الثلاثين مرتين تفنيها فتعلم انها متفقان بأجزاء خمسة عشر والله أعلم وأحكم

(فصل في الوصايا)

إذا أوصى الميت بثلاثة فأردت قسمة تركته فأنك تنظر الى التى تنقسم عليه مثل نصفه وإن أوصى بأربع زدت عليه مثل ثلثه وإن أوصى بالخمس زدت عليه مثل ربعه وإن أوصى بالسدس زدت عليه مثل خمسة وإن أوصى بالسبع زدت عليه مثل سدسه وإن أوصى بالثمان زدت عليه مثل سبعة وإن أوصى بالتسع زدت عليه مثل ثمنه وإن أوصى بالعشر زدت عليه مثل تسعة وذلك مثل امرأة توفيت وتركته زواجا وأختين لأب المسئلة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس بسهم وللأختين للاب الثلثان بأربعة أسهم تقول الى ثمانية فإن أوصيت بالثلث زدت على الثمانية نصفها وذلك أربع بعة فتكون اثني عشر ومنها تصح المسئلة في الوصية فإن لم يكن ما ذكرت ضربت الفريضة في عدد يخرج منه جزء الوصية إن كانت بالثلث ضربتها في ثلاث وإن كانت بالربع ضربتها في أربعة (مسئلة) ولو أوصى بوصيتين ولم يكن أصل الفريضة له يزداد عليه أجزاء الوصايا فاضرب أجزاء الوصايا

✽ من لاميراث له ✽
 ✽ قال مالك الأمر المجتمع
 عليه عندنا الذي لا اختلاف
 فيه والذي أدركت عليه
 أهل العلم ببلدنا ان ابن
 الاخ للام والجد أبا الأم
 والعم أخ الأب للام والخال
 والجدة أم أبي الأم وابنة
 الأخ للاب والأم والعمة
 والخاله لا يرثون بارحامهم
 شيئاً قال وانه لا ترث امرأة
 هي أبعد نسباً من المتوفى
 ممن سعى في هذا الكتاب
 برحها شيئاً وانه لا يرث
 أحد من النساء شيئاً الا
 حيث سمعن وانما ذكر
 الله تبارك وتعالى في
 كتابه ميراث الأم من ولدها
 وميراث البنات من أبيهن
 وميراث الزوجة من زوجها
 وميراث الأخوات

(فصل) في قسم التركات اذا أردت قسمة التركات وكانت دنائراً ودرهماً أو ما يكال ويوزن ويجمع في القسم فصح الفريضة على الورثة ثم اضرب سهام كل وارث في عدد التركة فالاجتمع قسمته على سهام الفريضة فاخرج فهو نصيبه وان شئت قسمت التركة على المسئلة فاخرج ضربته في سهام كل وارث فاخرج فهو نصيبه فان وافق عدد التركة سهام المسئلة فخذ وفقها جميعاً ثم اعمل في وفقها ما كنت عاملاً فيها اماً أن تضرب سهام كل وارث في وفق التركة فالاجتمع قسمته على وفق المسئلة فاخرج فهو نصيبه أو تقسم وفق التركة على وفق المسئلة فاخرج بالقسمة ضربته

﴿ من لاميراثه ﴾

ص **ع** قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا الذي لا اختلاف فيه والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ان ابن الاخ للام والجدة بالام والعم أخا الاب للام والخال والجدة أم أبي الام وابنة الاخ للاب والام والعمة والخاله لا يرثون بارحامهم شيئاً قال وانه لا يرث امرأه هي أبعد نسباً من المتوفى ممن سمي في هذا الكتاب برحمها شيئاً وانه لا يرث أحد من النساء شيئاً الا حيث سمين وانما ذكر الله تبارك وتعالى في كتابه ميراث الام من ولدها وميراث البنات من أبهن وميراث الزوجة من زوجها وميراث الاخوات

للأب والأم وميراث الأخوات
للأب وميراث الأخوات
للأم وورثت الجدة بالذي
جاء عن النبي صلى الله عليه
وسلم فيها والمرأة ترث من
أعمت هي نفسها لأن
الله تبارك وتعالى قال في
كتابه فإخوانكم في الدين
ومواليكم

﴿ ميراث أهل الملل ﴾
 * حدثني يعقوب عن مالك
 عن ابن شهاب عن علي
 ابن حسين بن علي عن
 عمر بن عثمان بن عفان
 عن اسامة بن زيد أن
 رسول الله صلى الله عليه
 وسلم قال لا يرث المسلم
 الكافر * وحدثني عن
 مالك عن ابن شهاب عن
 علي بن حسين بن علي بن
 أبي طالب أنه أخبره أنما
 ورث أبا طالب عقيل
 وطالب ولم يرثه علي قال
 فلذلك تركنا نصيبنا من
 الشعب

ص **يحيى** عن مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي عن عمر بن عثمان بن عفان عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يرث المسلم الكافر **ش** معنى قوله لا يرث المسلم الكافر يعني ميراث المسلم لا يخلفه كافر من كان يرثه لو كان مسلماً من أب أو ابن أو أخ أو غيرهم وإلى هذا ذهب جماعة العلماء تعلقاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم فأنتهى إلى قوله فكذلك لا يرث الكافر المسلم على هذا الوجه لكونهم ما أهل ملتين مختلفتين وإذا كان لا يرث المسلم الكافر فإن لا يرث الكافر المسلم أولى وروى عن معاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية يرث الكافر المسلم وقد انعقد الإجماع على ما ذهب إليه الجمهور من أهل عصرهم (مسئلة) وأما المرتد فلا يرثه ورثته المسلمون وماله في بيت المال ووجه ذلك ما تقدم وذلك فيمن صرح بالكفر وأعلن به فلا يرتد رجل فوقف للقتل وله ابنان وأب فأت أحداً بنيه ورثه أخوه وجده بنصفين ولا ميراث لآبيه المرتد وإن راجع الإسلام المرتد بعد موت ابنه فلا شيء له من الميراث لأن الاعتبار بحال الموت دون غيرهما من الأحوال وهذا في حال موت ابنه لم يكن وارثاً له (مسئلة) وأما الزنديق وهو الذي يظهر منه على كفر يسره وهو مع ذلك يدعي الإسلام فاختلف فيه العلماء فقال مالك يقتل ولا يقبل منه الإيمان إذا أسرته المنية قبل أن يتوب ويراجع الإيمان وقال الشافعي تقبل توبته ولا يقبل ولا يحنيفة في ذلك قولان أحدهما مثل قول مالك والثاني مثل قول الشافعي وقد تعلق أصحابنا في ذلك بقول الله تعالى فإمروا بأبائنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كُنّا به مشركين فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا سنة الله وقالوا عن جماعة من أهل التفسير إن البأس في الآية السيف فإذا قلنا بذلك فهل يرثه ورثته اختلف قول مالك في ذلك فروى عنه ابن القاسم يرثه ورثته وروى عنه ابن بافع وابن الماجشون لا يرثه ورثته فقطضى رواية ابن القاسم أنه يقتل حداً ومقتضى رواية غيره يقتل بالكفر والله أعلم وأحكم ص **مالك** عن ابن شهاب عن علي بن حسين بن علي بن أبي طالب أنه أخبره أنما ورث أباطالب عقيل وطالب ولم يرثه على قال فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب **ش** قوله أنما ورث أباطالب عقيل وطالب يريد أنهما انفردا بميراثه دون علي وجعفر وذلك أن علياً وجعفر أقدم إسلاماًهما قبل موت أبي طالب وبقي

طالب وعقيل على ملتهم ما انفردا بغيرائه وانما أسلما بعد موته عام الفتح فلذلك لم يكن لعلي ولا الجعفر ولا لأحد من عقبهما حظ في الشعب الذي كان لأبي طالب (مسئلة) وانما المراعى في التوارث اتفاق الدينين حال الوفاة ولو ان نصرانيا أسلم عند الموت وهو مريض ورثته من المسلمين دون غيرهم وجرى حاله في غسله والصلاة عليه ودفنه مجرى المسلمين ولو ان كافرا توفى وترك جلا فولد له لكان على دين أبيه وورثته قاله القاضي أبو الحسين والله أعلم وأحكم من مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمته اليهودية أو نصرانية توفيت وأن محمد بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من يرثها فقال له عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أتراني نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى شق قوله لابن الأشعث وقد سأله عن عمته اليهودية من يرثها فقال له يرثها أهل دينها وذلك يقتضى التوارث بالدين الواحد دون الدينين وهذا اذا كان أحدهما مسلما والآخر غير مسلم دون خلاف فيه من الفقهاء فان كان أحدهما يهوديا والآخر نصرانيا فقد سئل مالك عن نصراني تحت يهودية فتوفى فقال مالك ليس ذلك الينا فان نحا كموا عندنا فانهم لا يتوارثون لاننا نحكم بينهم بحكم الاسلام (مسئلة) وأما المجوسى يتزوج أمه أو ابنته أو أخته ثم أسلموا فانهم انما يتوارثون بالميراث الاصلى الذى لا يغيره الاسلام ولو تزوج مجوسى أمه فولد له منها ولد ثم أسلموا فان المجوسى فان الزوجة قد بطلت بالاسلام وثبتت الامومة وابنه هو ابنه واخوه للام فان الام ترث السدس على انها أم وترث الابن على انه ابن وتسقط حكم الاخوة للام ولو تزوج ابنته وولد له منها ولدان فأسلموا ثم توفى الرجل فان لابنته الخمس وتسقط الزوجة والباقي لابنته فان توفى أحدهما فلا له الثلث وتسقط الأخوة ولاخيه الباقي وقد قال بعض أهل الفرائض لها السدس لانها أخت قهجج نفسها مع الاخ الى السدس (مسئلة) وهذا اذا عدت الاديان فان جهلت مثل رجل توفى وترك ثلاثة بنين أحدهم صغير وأحد الكبيرين مسلم والثاني نصراني فادعى المسلم ان أباه مات مسلما وان أخاه الصغير نصراني فقد قال ابن القاسم فى المدونة فى رجل توفى وترك ابنتين أحدهما نصراني والثاني مسلم ادعى كل واحد منهما ان أباه مات على دينه ان كل شئ لا يعرف لمن هو يدعيه رجلا فانهم يقسم بينهما فكذلك هذا وقال أبو غالب العرضى يتعالفان ويقسم المال الآن نصفين ثم يقال لهما انكما استعقيتما المال بايمانكما وكل واحد منكما يزعم ان الصغير أخوه وثم يركه فليعط كل واحد منكما الصغير شرط ما يبذه فيصير الصغير نصف مال المتوفى والنصف الثانى بين الكبيرين ووجه ذلك ان كل واحد منهما يقر بان نصف المال للصغير ويدعى كل واحد منهما النصف الثانى لنفسه فيقسم بينهما بعد ايمانهما وهو تفسير قول ابن القاسم (مسئلة) ولو ترك ابنتين كبيرين وابنة صغيرة لكان على كل واحد منهما أن يدفع البهائى ما يبذه لانهما قد اتفقا على الاقرار لهما به وتنازعا فى الثلثين فيقسم بينهما وقوله وهذا يقتضى انه يحكم فى موارثهم بحكم الاسلام لانه حكم بين مسلم وكافر وقد روى ابن القاسم عن مالك فى كتابي يموت على كفره ثم يسلم أحد ورثته فانهم يتقاسمون على موارثهم وان كانوا من غير أهل الكتاب فانهم يتوارثون على موارث الاسلام وقال ابن نافع أهل الكتاب وغيرهم سواء يتوارثون على موارث الاسلام وقاله سحنون (مسئلة) وهذا اذا لم يكن لواحد منهما يئنة قال ابن القاسم وذلك اذا لم يكن معروف الحال فى الأصل فان كان يعرف بنصرانية ولم تكن لهما يئنة فقال ابن

وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمته يهودية أو نصرانية توفيت وأن محمد بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له من يرثها فقال له عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها ثم أتى عثمان بن عفان فسأله عن ذلك فقال له عثمان أتراني نسيت ما قال لك عمر بن الخطاب يرثها أهل دينها

القاسم في المدونة هو على ذلك حتى ثبت اسلامه بينة (مسئلة) فان شهد لكل واحد منهما بينة وتكافأت البينتان فانهم ما يقسمان أيضا وليست الصلاة عليه بشهادة تامه في كونه مساما وقال سحنون المال للمسلم مع يمينه وبينه الاسلام أولى لانهم زادوا في شهادتهم على الأخرى وهذا أيضا اذا لم يكن معروف الحال * قال القاضي أبو الحسن فان كان معلوم النصرانية ثم ادعى المسلم انه أسلم وأقام بذلك بينة فهو أولى وكذلك لو تقدم العلم باسلامه وأقاما البينة لكانت بينة المسلم أولى (مسئلة) وان كان الموروث كافرا وجميع ورثته كفارا فاحتكموا اليها فان رضوا أبجعون بحكم الاسلام ورثوا على ذلك وان أباه أحدهم ردوا الى حكم بينهم والله أعلم ص * مالك عن يحيى بن سعيد عن اسماعيل بن أبي حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت ورثه ان مات ميراثها في كتاب الله * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والسنة التي لا اختلاف فيها والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يحجب أحدا هلك قال اسماعيل فأمرني عمر بن عبد العزيز أن أجعل ماله في بيت المال * ش قوله فأمره أن يجعل ماله في بيت المال يريد ان من أعتق عبد نصرانيا فانه لا يرثه بالولاء لان الولاء مشبه بالنسب فاذا منع الكفر التوارث بالنسب منع التوارث بالولاء وكذلك الصهر فأما العبد يموت وله مال فان المال لسيده وليس على وجه الميراث ولكن على وجه الملك لان ائزق يمنع الميراث ولذلك لا يرث بسبب وهو أقوى أسباب التوارث فكل من فيه بقية رقة من معتق الى أجل أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد فانه لا يرث وانما يكون ماله لسيده بالملك الا المكاتب يترك وفاقا فانه ان ترك ورثة أحرارا أو ترك زوجة أو ولدا معه في الكتابة أو أولادا ولدوا ليسوا معه في الكتابة فان الزوجة والأولاد الذين كانوا معه في الكتابة والذين ولدوا في الكتابة يعتقدون بأداء ما بقى عليه من الكتابة فابقي من المال لم ترث منه زوجته وأولاده الأحرار وورثه أولاده الذين كانوا معه في الكتابة والذين ولدوا فيها قاله مالك وسيأتي ذكره بعد هذا في المكاتب ان شاء الله تعالى ص * مالك عن الثقة عنده أنه سمع سعيد بن المسيب يقول أبي عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد في العرب * قال مالك وان جاءت امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت ورثته ان مات ميراثها في كتاب الله * ش قوله أبي عمر أن يورث أحدا من الأعاجم الا أن يولد في العرب وأما من ولد في أرض الحرب فلا يخلو أن تكون أسباب التوارث بينهم ما ثبتت بينة أو لا تثبت الا بمجرد الدعوى والافرار فاما أن يسمى رجلا نذكر انهما أخوان فانهما لا يمنعان من الانتساب بالاخوة ولكن لا توارث بينهما وكذلك لو سببت امرأة وهي حامله طفلا تزعم انه ابنها فانه يقبل ذلك منها في انه لا يفرق بينهما ولكنهما لا يتوارثان بذلك (فرع) فلو جاءت امرأة حاملا فولدت ببلد الاسلام توارثا ولو ولدت توأمين توارثا بالاخوة لأب وأم

(فصل) فان شهدت بذلك بينة فلا يخلو أن تكون من المسلمين أو منهم فان كانت البينة من المسلمين مثل الأسرى يكونون عندهم في عامون ذلك ويشهدون به فانهم يتوارثون بذلك وأما ان شهد به بعضهم ممن أسلم وعرفت عدالتهم فانهم لا يتوارثون بذلك لما يتعلق بذلك من التهمة أن يشهد بعضهم لبعض بمثل هذا فيتوصلون بذلك الى قصر أموالهم عليهم (مسئلة) وأما ان أسلم أهل بلد بجملة فبقوا في مكانهم أو تجمعوا بجماعتهم فيشهدون بذلك فانها تقبل شهادتهم لان خبرهم يقع به العلم وبعد عن العدد الكبير التواطؤ على مثل هذا فزال التهمة ص * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والسنة التي لا اختلاف فيها والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يحجب أحدا عن ميراثه * قال مالك وكذلك كل من لا يرث اذا لم يكن دونه وارث

وحدثني عن مالك عن يحيى بن سعيد عن اسماعيل بن أبي حكيم أن نصرانيا أعتقه عمر بن عبد العزيز امرأة حامل من أرض العدو فوضعت في أرض العرب فهو ولدها يرثها ان ماتت ورثه ان مات ميراثها في كتاب الله * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا والسنة التي لا اختلاف فيها والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا أنه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولاء ولا رحم ولا يحجب أحدا هلك قال اسماعيل فأمرني عمر بن عبد العزيز أن أجعل ماله في بيت المال * وحدثني عن مالك عن الثقة عنده أنه سمع سعيد بن المسيب يقول أبي عمر بن الخطاب أن يورث أحدا من الأعاجم الا أحدا ولد في العرب * قال مالك وان جاءت عن ميراثه * قال مالك وكذلك كل من لا يرث اذا لم يكن دونه وارث

فانه لايجبب أحداعن ميراثه ❦ من جهل أمره بالقتل (٢٥٣) أوغيرذلك ❦ حدثني يحيى عن مالك

عن ربيعة بن أبي عبد
الرحمن وعن غير واحد
من علمائهم أنه لم يتوارث
من قتل يوم الجمل ويوم
صفين ويوم الحرة ثم كان
يوم قديده فلم يورث أحد
من صاحبه شيئاً الا من علم
أنه قتل قبل صاحبه
❦ قال مالك وذلك الامر
الذى لا اختلاف فيه
ولاشك عند أحد من أهل
العلم ببلدنا وكذلك العمل
في كل متوارثين هلكا
بغرق أو قتل أو غير ذلك
من الموت اذ لم يعلم أيهما
مات قبل صاحبه فان
لم يعلم أيهما مات قبل
صاحبه لم يرث أحد منهما
من صاحبه شيئاً وكان
ميراثهما لمن بقي من
ورثتهما يرث كل واحد
منهما ورثته من الاحياء
❦ قال يحيى وسمعت مالكا
يقول لا ينبغي أن يرث أحد
أحدا بالشك ولا يرث أحد
أحدا الا باليقين من العلم
والشهادة وذلك أن الرجل
يهلك هو ومولاه الذى
أعتقه أبوه فيقول بنو
الرجل العربى قد ورثه
أبونا فليس ذلك لهم أن
يرثوه بغير علم ولا شهادة
انه مات قبله وانما يرثه أولى
الناس به من الاحياء

فانه لايجبب أحداعن ميراثه ❦ وهذا على ما قال انه لا يرث المسلم الكافر بقرابة ولا ولا رحم
ولا ماهرة ولايجبب من وجوده وعدمه سواء في الحبب فلأن رجلا مسلما توفي وترك أبا كافرا
وأخا مسلما ورثه أخوه دون أبيه ولو ترك أبوين مسلمين وأخوين كافرين لو رثت الأم الثلث ولم
يجببها الأخوان الكافران عن الثلث الى السدس لان من لا يرث لايجبب ومعنى ذلك أنه ليس من
أهل الميراث فأما من كان من أهل الميراث فانه قديجبب وان لم يرث فان منعه غيره عن الميراث
كأبوين والأخوين من المسلمين فان الأخوين لا يرثان لان الأب يجببهما وهما يرثان الام الى
السدس وكذلك الاخوة من الام والاخوة للاب مع الزوج والجد فانه لا يبقى بعد ميراث الزوج
والجد الا الثلث والاخوة للام يجببون الاخوة للاب عنه لأنهم أهل فرض والاخوة للاب عصة
ولا حق للعصبة مع ذوى الفروض ثم الجد يجبب الاخوة للام عنه لأنه لا يرث الاخوة للام مع وجود
وارث ذكر من عمود النسب والله أعلم وأحكم

❦ من جهل أمره بالقتل أوغيرذلك ❦

ص ❦ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن وعن غير واحد من علمائهم انه لم يتوارث من قتل
يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ثم كان يوم قديده فلم يورث أحد من صاحبه شيئاً الا من علم أنه قتل
قبل صاحبه ❦ قال مالك وذلك الامر الذى لا اختلاف فيه ولا شك عند أحد من أهل العلم ببلدنا ❦
ش قوله انه لم يتوارث من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة وذلك ان هذه الايام كانت
فيها حروب شدا قتل في كل واحدة منها عدد عظيم من الناس حتى تناول ذلك كثيرا من كان
يتوارث فجعل المقتول منهم وأولاهم يكن بينهم توارث لذلك ومثال ذلك ان يكون اخوان لابوين
فيقتتلان في مثل ذلك اليوم فلا يعلم أيهما قتل أولا فهذان لا يرث أحدهما من الآخر وان كان لايجبب
عن ماله ويرث كل واحد منهما من بقي من ورثته ان كان بقي له وارث خاص فان لم يبق له وارث خاص
فبيت المال ص ❦ قال مالك وكذلك العمل في كل متوارثين هلكا بغرق أو قتل أو غير ذلك من
الموت اذ لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فان لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحد منهما من صاحبه
شيئاً وكان ميراثهما لمن بقي من ورثتهما يرث كل واحد منهما ورثته من الاحياء ❦ قال يحيى وسمعت
مالكا يقول لا ينبغي أن يرث أحد أحد بالشك ولا يرث أحد أحد الا باليقين من العلم والشهادة
وذلك ان الرجل يهلك هو ومولاه الذى أعتقه أبوه فيقول بنو الرجل العربى قد ورثه أبونا فليس
ذلك لهم ان يرثوه بغير علم ولا شهادة انه مات قبله وانما يرثه أولى الناس به من الاحياء ❦ ش وهذا على
ما قال ان كل متوارثين جهل أولهما موتا فانهما لا يتوارثان وكذلك القوم يكونون في البيت فينهدم
عليهم فيموتون فلا يعلم أيهم أسبق موتا فهؤلاء لا يتوارثون ولا يرث قرابة أحد منهم من الآخر بأى وجه
كانت قرابته بابوة أو بنوة أو اخوة أو عصة أو بولاء أو ماهرة فالعلم أيهما مات أولا وكذلك القوم
يكونون في السفينة فيغرقون فلا يعلم أيهما مات أولا ولو رأى أحد منهم رافعا رأسه ثم غرق لم يرث ولم
يورث لانه لا يعرف هل مات من كان يتوارث معه قبله أو بعده وأصل ذلك اجماع الصحابة وقد توفيت
أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب رضى الله عنهما من فاطمة رضى الله عنها وهي زوج عمر بن الخطاب
رضى الله عنه وابنها من يدي وقت واحد فلم يرث أيهما مات أولا فلم يرث أحدهما من الآخر وكذلك
اجماع الصحابة ومن بعدهم من التابعين على هذا الحكم في الايام المذكورة قبل هذا والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولا يرث أحد أحدا بالشك ولا يرثه إلا بيقين من العلم والشهادة يريد أن يعلم ذلك الشاهد أو يتيقنونه ثم يشهدون به وإذا لم يثبت ذلك بشهادة أهل العدل لم يرث بعضهم من بعض (مسألة) ويعلمون حياة الوارث حين وفاة الموروث وحياة الموروث قبل وفاته فأما من لم تعلم حياته فلا يرث ولا يرث فإذا ولد مولود فعلمت حياته بصراخه ورث ورث وإن لم يصرخ لم يرث ولم يرث ورث ورث أبو غالب الفرضي سئل مالك عن المولود يولد فينصره أو يرضع ويعطس أو يمكث يوماً وليلة وهو حي يتنفس ويرضع أو أكثر من يوم وليلة ولم يستهل صارخاً أنه لا يرث ولا يرث ولا يصلى عليه والاستهلال الصراخ وهو البكاء والصياح خلافاً لابي حنيفة والشافعي في قولهما أن حركته دليل على حياته والدليل على ما نقوله أنه هذه حركة عريت عن الصراخ فلم تدل على الحياة كالاختلاج (فرع) فأما طول الرضاع فقد تقدم أنه لا يدل على الحياة وقد قال القاضي أبو محمد أن أقام أياماً فانهتبت بذلك حياته وجه القول الأول أنها حركة عريت عن الصراخ كالمدة القليلة ووجه القول الثاني أن من الحركات ما يشبه الاختلاج فلا يدل على الحياة ومنها ما يدل على الحياة وهذا موجود ومشاهد في الكثير وإنما الجواب عندى في هذه المسئلة أنه لا يوجد ذلك بوجه مع عدم الصراخ وذلك معلوم بالعادة وذكر القاضي أبو محمد أنه اختلف في العطاس (مسألة) فان ماتت أمه أو موروثه قبل أن يستهل صارخاً ثم استهل صارخاً بعد ذلك فقد روى أبو غالب أن الاستهلال ثابت له بصراخه وجه ذلك أنه به يعلم وجود حياته في وقت موت موروثه والله أعلم وأحكم ص قال مالك ومن ذلك أيضاً الأخوان للاب والام عوتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولده ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فبراث الذي لا ولده لأخيه لأبيه وليس لبنى أخيه لأبيه وأمه شئ * قال مالك ومن ذلك أيضاً أن تهلك العمة وابن أخها أو ابنة الأخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العلم من ابنة أخيه شئ ولا يرث ابن الأخ من عمة شئ * ش وهذا على ما قال أن الأخوين للابوين إذا ماتا ولأحدهما ولد والآخر لا ولده ولهما أخ للاب فلا يعلم أي الشقيقين مات أولاً فبراث الذي لا ولده لأخيه لأبيه وميراث الأخ لأبيه ولا يرث أحد الشقيقين من الآخر لأنه قد جهل أولهما موتاً وعلى ذلك سائر الموارث والله أعلم وأحكم

ميراث ولد الملاعنة وولد الزنى

ص قال مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنى أنه إذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل وأخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالى أمه إن كانت مولاة وإن كانت عريسة ورثت حقها ورث أخوته لأمه حقوقهم وكان مابق للسلمين * قال مالك وبلغنى عن سليمان بن يسار مثل ذلك * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا * ش قوله أن ولد الملاعنة ترثه أمه وأخوته لأمه ومعنى ذلك أنهم يتوارثونه على سنة كتاب الله تعالى لأمه الثلث إن لم يكن له أخوان فأكثر فإن كان له أخوان فأكثر فلا ماله السدس ولا أخيه السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث وأما زوج أمه الذي انتفى منه بالعان فلا توارث بينهما ولو أ كذب نفسه واستلحقه وذلك في حياة الابن فان الأب يجلد حد الفرية ويلحق به الولد فيتوارثان وإن استلحقه وأ كذب نفسه بعد موت الابن فلا يجلو أن يكون للابن ولداً ولا يكون له فان لم يكن له ولد جلد الحد ولم يرثه وإن كان له ولد ذكر أو أنثى جلد الحد ورثه مع ولده ووجه ذلك أنه إنما يستلحق الحي فإذا

قال مالك ومن ذلك أيضاً الأخوان للاب والأم عوتان ولأحدهما ولد والآخر لا ولده ولهما أخ لأبيهما فلا يعلم أيهما مات قبل صاحبه فبراث الذي لا ولده لأخيه لأبيه وليس لبنى أخيه لأبيه وأمه شئ * قال مالك ومن ذلك أيضاً أن تهلك العمة وابن أخها أو ابنة الأخ وعمها ولا يعلم أيهما مات قبل فان لم يعلم أيهما مات قبل لم يرث العلم من ابنة أخيه شئ ولا يرث ابن الأخ من عمة شئ * ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا

حدثنى يحيى عن مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنا أنه إذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل وأخوته لأمه حقوقهم ويرث البقية موالى أمه إن كانت مولاة وإن كانت عريسة ورثت حقها ورث أخوته لأمه حقوقهم وكان مابق للسلمين * قال مالك وبلغنى عن سليمان بن يسار مثل ذلك * قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا

مات ولم يخلف ولدا يلحق بنسبه بالاستلحاق ولم يكن للاستلحاق تأثير ولا معنى واذا ترك ولدا صح استلحاقه وثبت نسبه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولوني الزوج حل امرأته بلعان فولدت توأمين فانهما يتوارثان اخوة لآب وأم فان مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه ورثت أمه الثالث وورث أخوه الباقي ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحل ولدت قبل هذا الحل فأت أحد التوأمين فان الولد الذي ولدته خال الزوجة أخو المتوفى لأمه فيرث منه السدس وترث أمه السدس ويرث الباقي التوأم معه وأما ولد الزنا فلأن مقتضبة أو زانية ولدت توأمين في بطن فانهما يتوارثان بالأومة خاصة والفرق بينهما أن ولدا الملاعنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه وأما ولد المقتضبة وولد الزانية فليس في الوطء الذي هما شبهة وانما هو محض الزنا فليس بينهما نسب إلا بالأومة وأما ولد المسيية فتخرج من دار الحرب حاملا فان التوأمين عند المغيرة اخوان وذكر ابن سنيون في كتاب السرهما اخوان لأم وأب وبه قال القاضي أبو الحسن قال والفرق بين توأمي الزنا والمقتضبة انهما وان كانا لا يعرف لهما أب الآن فانه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأمي الزنا فانه لا يثبت لهما أب بوجه والله أعلم

(فصل) وقوله ورث البقية موالى أمه ان كانت مولاة يردانهم عصبة الذين أعتقوا أمه فهم من موالهم فهم يرثونه بالولاء لما عدم النسب من قبل أبيه وقوله وان كانت عربية ورثت حقها وورثت اخوته لأمه حقوقهم وكان مابقي للمسلمين يردان تكون عربية باقية على أصل الحرية ولو كانت عربية قد أسرت لكان حكمها ما تقدم وأما الحرية فان عشرينها ليسوا بعصبة ولدها وانما هم اخواله فلاحق لهم في الميراث وأما الولاء فان الرجل يرث من تعتقه أخته وابنته لان له حكم التعصيب والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما توارث المتلاعنين فان مات أحدهما قبل تمام اللعان فان كان الزوج أكل لعانه ثم ماتت الزوجة بعد أن شرعت وأكملت الأربع أيمان ولم يبق عليها الآن تخمس بالغضب فانه يرثها ولو مات الزوج بعدما التعن وتم لعانه بالنسب فانه يقال للمرأة التعن وادركت عن نفسك العذاب فان التعتت تم بذلك اللعان بينهما ووجب للفرقة ولم ترثه وان نكحت عن اللعان فلها الميراث من زوجها وعليها الجلدان كانت بكر او الرجم ان كانت محصنة ووجه ذلك أن تمام اللعان بينهما تقع الفرقة ويبطل الميراث * والله أعلم وأحكم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب العتاق والولاء)

﴿ من أعتق شركاه ﴾

﴿ في مملوك ﴾

﴿ حدثني مالك عن عبد

الله بن عمر أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال

من أعتق شركاه في عبد

فكان له مال يبلغ ثمن

العبد قوم عليه قيمة العدل

فأعطى شركاه حصصهم

وعتق عليه العبد والافقد

عتق منه ما عتق

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب العتاق والولاء)

﴿ من أعتق شركاه في مملوك ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاه في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد والافقد عتق منه ما عتق ﴾ ش قوله من أعتق شركاه في عبد لفظ عام في كل معتق فان كان العبد مسلمان لمسلمين فأعتق أحدهما حصته قوم عليه الباقي على ما يأتي بعد هذا وان كان العبد نصرانيا لمسلمين فأعتق أحدهما حصته في الموازية وغيرها يقوم على المعتق منهما وكذلك اذا كان العبد مسلمانا لنصرانيين يردان العبد المسلم لنصرانيين يعتق أحدهما حصته يقوم على المعتق حصته شريكه وبه قال الشيخ أبو القاسم حكاه عنه القاضي أبو محمد وحكى عن المذهب في التقويم قال وجه ذلك أن

تكميل العتق من حقوق الله تعالى والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى قال ووجه ايجاب التقويم ان في تكميل العتق ثلاثة حقوق أحدها لله تعالى والثاني للشريك والثالث للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصراني المعتق نصيب شريكه من العبد المسلم لأنه حكم بين نصراني ومسلم وإذا كان العبد نصرانياً للمسلم ونصراني فأعتق حصته المسلم فومت عليه حصته النصراني وإن أعتق النصراني حصته قال ابن القاسم لا يقوم عليه حصته المسلم لأن العبد النصراني لو كان جميعه للنصراني فأعتق بعضه أو جميعه لم يحكم عليه بعتقه سحنون وقال غيره يقوم عليه ووجه ذلك أنه حكم بين مسلم ونصراني فطلب فيه حكم الاسلام كالمالو كان العبد المسلم لنصراني ومسلم وأما ان كان العبد النصراني لمسلم ونصراني فابتدأ المسلم العتق فانه تقوم عليه حصته النصراني وإن أعتق النصراني فلا تقويم عليه عند ابن القاسم وأشهب وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون تقوم على من أعتق منهما وجه القول الأول ان العبد المعتق والمبتدئ لعتقه هما نصرانيان فليس لحاكم الاسلام أن يحكم بينهما ووجه القول الثاني أن الحق في ذلك للشريك وهو مسلم فلزم أن يحكم فيه بحكم الاسلام (مسئلة) ولو كان العبد لعبد وحر فأعتق العبد حصته ففي الموازنة لا عتق له الا باذن السيد فان أذن السيد في ذلك قوم في مال السيد كان للعبد مال أو لم يكن وكذلك لو كان بغير اذنه ثم أجاز قال سحنون في كتاب ابنه ويستوعب في ذلك مال السيد وان احتج الى بيع رقبة العبد قال سحنون وهو في العتبية لأصبع عن ابن القاسم لو قال السيد قوموه على العبد في ايده لم يقوم عليه ووجه ذلك ان الجنابة في هذا انما هي من قبل السيد لانه لو لا اذنه لم ينفذ عتق العبد فوجب أن يكون في ماله ثم ان شاء هو أن ينتزع مال العبد كان له ذلك

(فصل) وقوله ان من أعتق شركا له في عبد يريد نصيبه في عبد وذلك يقتضي نفاذ عتقه في حصته وقد قال مالك سواء أعتق باذن شريكه أو بغير اذنه لا بد أن يقوم أو يعتق ووجه ذلك انه حق لله تعالى فلا يجوز اذن السيد فيه

(فصل) وقوله فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه يقتضي والله أعلم أنه ان كان موسرا بثن العبد ثبت عليه حكم التقويم على ما نذكره بعد هذا فلو كان معسرا فهل لشريكه التقويم عليه أم لا قال مالك في كتاب ابن المواز لشريكه أن يقوم عليه حصته ويتبعه في ذمته وقال ابن القاسم في المدونة ليس له ذلك ووجه قول مالك ما احتج به من ضرر التأخير على الذي لم يعتق ولا ضرر في ذلك على المعتق وهو جان فلا معنى عليه أن يتبع ذمته بجنابته وهي ما أدخل في حصته من ضرر شريكه المعتق ووجه قول ابن القاسم ان هذا متعلق بماله دون ذمته فليس لشريكه أن يعلق ذلك بذمته والله أعلم (مسئلة) ولو كان معسرا يوم العتق فرفع الى الحاكم فحكم بسقوط التقويم ثم أيسر فلا يقوم عليه ولو لم يرفع حتى أيسر فغيره روايتان احدهما اثبات التقويم عليه والاخرى نفيه قال القاضي أبو محمد وجه اثبات التقويم عموم الخبر قوله صلى الله عليه وسلم فكان له مال وذلك عام في جميع الاوقات ومن جهة المعنى أن هذا موسر حين التقويم عليه لم يحكم بعسره قبل ذلك فلزمه التقويم كالذي أيسر يوم العتق ووجه الرواية الثانية أن هذه جنابة فكان الاعتبار بيسر الجاني يوم الفعل دون يوم الجنابة كسائر الجنابات وفي هذا الدليل نظر لان سائر الجنابات متى أيسر بعد ذلك لزمه ارش الجنابة (مسئلة) وما يعلم به عسره أن لا يكون له مال ظاهر ويسأل عنه جيرانه ومن يعرفه فان لم يعلموا ماله ألحلف ولم يسجن قاله عبد الملك في كتاب ابن سحنون قال سحنون وقاله

أصحابنا جميعا الا اليسير فلا يستلحق عندهم وجه القول الأول ان ظاهر عدمه يكفي منه ما تقدم فيلزمه أن يحلف ليبرأ بباطنه كالمفلس بالدين ووجه القول الثاني ان هذه عين نكاحها لم يسجن ولا قضى عليه بالمال فلا تأثير لها فوجب أن يبطل (مسئلة) قال مالك في الموازية وتباع في ذلك داره وشوار بيته وكسوته من فضول الثياب ويترك له كسوة ظهره وعيشه الايام قال أشهب انما يترك له ما يوار به لصلاته قال عبد الملك انما يترك له ما لا يباع على المفلس ووجه ذلك ان حكمه حكم المفلس بل أشد لتعلق حق العتق به ومن تعلق حق العتق بماله لم يترك له الا ما يوار به للصلاة كالفقة تلزمه لظهاره (مسئلة) وان كان له مدبرون أو معتقون الى أجل فلا حكم للفقة في مثل هذه لبعده وأما ديونه فان كانت على أملاء حضور وأمداء قريب قومت في ذلك وتتبع ذمته وان كانت منسية أو أهلها غيب فليس عليه أن يخرج منها عبده قاله ابن الماجشون وفي كتاب ابن المواز ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع وينتظر له ثلث ما لا يصر فيه (مسئلة) ومتى برأى حاله قال ابن نافع انما ينظر الى حاله يوم التقويم فان كان له مال قوم عليه وان كان يوم العتق معسرا وقال مطرف عن مالك ان كان أعتق وهو معسر فان كان عبده بينا عند الناس كلهم ثم أيسر فلا تقويم عليه الا أن يكون العبد غائبا وروى ذلك كله ابن حبيب ووجه القول الاول ان حال العبد انما يعتبر حال التقويم فكذلك حال العتق

(فصل) وقوله من أعتق شركا له في عبد يحتمل أن يكون هذا العتق بلفظ العتق ويحتمل أن يكون بغيره اذا تضمن معنى العتق وقال مالك في العتبية والموازية في عبيدين رجلين قال أحدهما للعبد قد وهبتك نصيب منك فانه يعتق ويقوم عليه حصه شريكه كما لو قال لعبد ملك جميعه وهبتك نفسك لكان عتقا وقاله سحنون ومعنى ذلك ان ما عتق به الكل عتق به البعض كلفظ العتق (مسئلة) ولا يخلو أن يكون عتق الجزء من العبد معجلا أو مؤجلا فان كان معجلا ففي كتاب ابن المواز وابن سحنون فيمن أعتق حصته من عبد الى سنة عن مالك والمغيرة وابن القاسم يقوم عليه الآن ليعتق الى أجل قال سحنون وقال آخرون ان شاء التمسك قوم عليه الساعة وكان جميعه سرا الى السنة وان شاء تملك وليس له يبيعه قبل السنة الا من شريكه فاذا تمت السنة قوم على مبتدىء العتق بقيته يوم التقويم وقاله عبد الملك ابن الماجشون وهذا ان تملك الثاني ولو عجل الثاني العتق فروى عيسى عن ابن القاسم يقوم خدمته الى السنة فيؤخذ من معجل العتق ويدفع الى صاحبه قال ثم رجع وقال يقضى عليه بعتق نصفه الآن ونصفه الى سنة ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته ولا يؤخذ لغيره (مسئلة) ولو بطل الاول وأجل الثاني ففي المدونة لابن القاسم يفسخ ما صنع ويضمن شريكه حصته وكذلك لو دبر حصته قال ابن سحنون ورواه عن مالك أشهب وابن نافع وحكى الشيخ أبو القاسم ان أعتق الثاني حصته الى أجل أو كاتب أو دبر وشريكه موسر لم يكن ذلك له ولو كان معسرا جاز ذلك قال القاضي أبو محمد اذا أعتق الثاني الى أجل فهو كمن لم يعتق ودفعت اليه الفقة ونجز العتق وقال عبد الملك يقع العتق منجزا منهما ورواه ابن سحنون عن المغيرة قال لأن الثاني ترك التقويم واستثنى من الرق ما ليس له (مسئلة) ولو أعتق أحد الشركاء حصته بعد اعتاق المعسر لم يقوم عليه حصص شركائه قال القاضي أبو محمد ووجه ذلك ان الجناية لتبعض العتق وقعت من غير جهته وسابقة لاعتاقه والتقويم انما يلزم بالجناية

(فصل) وقوله فان كان له مال يبلغ ثمن العبد يرد حصته الاشتراك منه قوم فية عدل ومعنى ذلك

أن يكون له مال يبلغ قيمة ما بقي من العبد قال فإن كان له مال يبلغ بعض ذلك فقد روى القاضي أبو محمد يقوم عليه من نصيب شريكه بقدر ماله فيعتق عليه ويبقى ما زاد على ذلك لشريكه على حكم الرق قال سحنون أن وجد عنده بعض القيمة عتق منه بقدر ذلك ما لم يكن نافيها لا ينزع مثله لغرمائه من الثوب له والفضل في قوته والشئ الخفيف قال القاضي أبو محمد رضى الله عنه وذلك أنه يقتضى أن ما يعتق عليه باقية بتقويم السلطان لا قبل ذلك ومعنى ذلك أن لشريكه أن يعتق حصته إن شاء وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية وروى أشهب عن مالك في الموازية ولو أقام شهرا أو خمسة أشهر ساكتا كان له أن يعتق ومعنى ذلك أن ما يعتق عليه بالحكم بالسراية قال القاضي أبو محمد وهو أظهر الروايتين ومعنى ذلك أنه إذا أعتق عليه بالتقويم وقف الشريك أولا فإن أراد أن يعتق فذلك له دون المبتدى بالعتق وإن لم يرد المبتدى بالعتق أمام عتق العبد وقد قيل في المبتدى يعتق نصيبه يعتق عليه بالسراية قاله الشيخ أبو القاسم وأنه ضامن لنصيب شريكه قال القاضي أبو محمد وهو قول الشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق العبد فشرط في عتقه التقويم ومن جهة المعنى أن تصرف الإنسان في ملكه لا يسرى إلى ملك غيره كالبيع ولأن التقويم لازالة الضرر عن الشريك إنما يكون بالحكم كالشفعة وقد قال القاضي أبو محمد في معونته لا يعتق بالسراية في أظهر الروايتين وهذا يقتضى رواية أخرى أن العتق يكون بالسراية ووجه هذا القول أنه أعتق بعض عبدا فيكمل عليه باقية فوجب أن يكمل بالسراية كما لو كان جميعه (فرع) فإذا قلنا لا يكمل إلا بحكم فقد قال القاضي أبو محمد وغيره ليس للشريك أن يقول أنا أرى بقاء حصتي على حكم الرق ولا أريد التقويم على مبتدى العتق وروى البصريون عن مالك لا ينظر إلى قول العبد لا أريد تكميل عتقي ووجه ذلك أنه حق لله تعالى متعلق به فليس للسيد ولا للعبد إسقاطه كما ليس لواحد منهما رد عتقه (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم قوم عليه قيمة عدل يريد قيمة لازية فيها ولا تنقص وفي الموازية يعتق عليه بما أقاد بعد عتق الجزء منه من مال أو ولد من أمته ولو كانت أمة قومت بما لها وولدها وكذلك لو دخله عيب فأنما عليه قيمته يوم الحكم قاله مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب * قال مالك في العتبية في العبد الزارع ينقص ثمنه بالفسطاط يقوم بموضعه ولا ينقل إلى الفسطاط وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في جارية بين رجل وزوجه أراد شراءها فأبى عليه زوجته فتزاد فيها حتى بلغت ستائة دينار فشاور المخزومي واستغلاها فقال له أعتقك حظك منها ولا يلزمك إلا القيمة ففعل فرفع إلى ابن عمر فأمر بإعادة النداء عليها فإن زيد على ستائة والألزمها بالستائة فاستحسن ذلك وكان ابن أبي حازم يقول دمر المسكين دمه وقد قال مالك فيمن أعطى رأس له ثمننا ثم قتله رجل بمحدثان ذلك يلزمه الأكثر من الثمن أو القيمة قال أبو بكر بن محمد قال سحنون لا يلزمه إلا القيمة (مسألة) ولو ادعى مبتدى العتق فيه عيبا كالإباق والسرقة وأنكر ذلك المتمسك فقد اختلف فيه قول ابن القاسم من رواية ابن حبيب عن أصبغ عنه فقال لا يحلف بدعواه ويقوم سليما ثم رجع فقال يحلف قال أصبغ وبه أخذ وجه القول الأول أن هذا مجرد دعوى فلا يتعلق بهما في عيب كالشترى يدعى عيبا فيها اشتراه ووجه القول الثاني أن المعتق يدعى على المتمسك بالرق ما يوجب نقص القيمة ويضيف ذلك إلى عامه فلا يستحق جميعا عليه إلا بعد يمينه (فرع) فإذا قلنا أنه لا يحلف بمجرد الدعوى فأقام شاهدين فإنه يقوم معيبا وإن أقام شاهدا واحدا أحلف فإن نكل حلف المتمسك

ما علم بما ذكر من العيب قاله مالك في العتية والواحدة وقال ابن المواز لا يوجب الشاهد على العدل
 يمينا وقال أشهب وابن عبد الحكم يختلفان في المسئلة إذا شهد بالعيب غير العدل والله أعلم وأحكم
 (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم يقوم عليه لفظ يقتضي أن المبتدئ بالعتق واحد ولو كانا اثنين
 ابتداء بالعتق معا فإنه يقوم عليهما فلو كان لاحدا الشر كانه نصفه وللآخر ثلثه والثلث سدسه فأعتق
 صاحب الثلث والسدس معا فمالك في الموازية يقوم على كل واحد منهما بقدر ماله فيه كالشفعة في
 اختلاف الانصاء قال سحنون وهو قول ابن القاسم وأشهب قال ابن المواز وقال المغيرة يقوم بينهما
 بنصفين وكان يقول بالأول ثم رجع عنه قال سحنون وبالقول الثاني قال عبد الملك ورواه
 ابن نافع عن مالك ووجه القول الأول أنه حق يتعلق بالمال لازالة الضرر عن الشركاء فكان
 على قدر الانصاء كالشفعة ووجه القول الثاني أن الموجب للتقويم عليهما الجنابة بالعتق وذلك
 لا يختلف بقلة السهم وكثرته فوجب أن يستوي في ذلك (فرع) فإن كان أحدهما معسرا والآخر
 موسرا ففي الموازية أن مال السكا وأصحابه أجمعوا على أنه يتم عتقه على الموسر وروى ابن حبيب عن
 مالك أنه لا يقوم عليه إلا ما كان يقوم عليه لو كان صاحبه موسرا قال ابن حبيب وهو قول جميع
 المصريين قال ورواه سحنون عن مالك عن عبد الملك وقوم من أصحابنا لم يسمهم وجه القول الأول
 أن الموسر لو انفرد بعتق نصيبه للزمه قيمة باقي العبد والمعسر لو انفرد بذلك لم يلزمه شيء فلم يكن الجنابة
 المعسر تأثير كمال وانفرد كل واحد منهما ووجه القول الثاني أن الجنابة موجودة منهما وهي توجب
 التقويم فلم يقوم على أحدهما إلا على حسب ما يقتضيه اشتراك كمالا كانا مملين (مسألة) ولو أعتق
 أحدهما أولا وهو معسر ثم أعتق الثاني بعده وهو موسر ففي كتاب ابن حبيب قال مالك وجميع
 أصحابه لا يقوم على الثاني وقال ابن نافع يقوم على الثاني إن كان مليا وعاب ذلك ابن حبيب قال
 سحنون واحتج ابن نافع لذلك فقال رأيت أن أراد المتمسك أن لا يقوم ويرضى بالضرر وأبى العبد
 أليس ذلك للعبد يريد أن ذلك فيه حق للعبد والثاني قد أدخل فيه من تبعض العتق ما أدخله الأول
 فإذا لم يكن للعبد أن يقوم على الأول لعسره قوم على الثاني ووجه قول مالك أن التقويم انما يختص
 بين ابتداء العتق ولذلك لا يلزم الشريك المتمسك بارق وهذا معدوم في الثاني لأنه لم يبتدئ العتق
 فلا يلزمه التقويم (فرع) ومن ورث جزءا من أبيه لم يتم عليه عتقه ثم إن ابتاع مارق منه شيئا أو وهب
 له أعتق ذلك الجزء فقط ولم يتم عليه بانيه قاله مالك في الموازية وروى سحنون عن ابن نافع يقوم عليه
 الباقي ووجه ذلك أن الجزء الذي أعتق عليه بالميراث هو ابتداء الضرر في الملك ولم يكن من فعله
 فلا يقوم عليه ثم ما ابتاع بعد ذلك لم يقوم عليه بانيه لان ابتداء الضرر قد وقع بجزء الميراث ولا صنع له
 فيه ولذلك قال الشيخ أبو محمد وذلك إذا اشترى أو قبل الهبة بعد ما ورث منه ووجه ذلك أن الميراث
 معنى يعتق به عليه ما ملك منه فلم يمنع من أن يعتق عليه ما ابتاع منه بعده كمالا ابتاع جزءا فاعتقه ثم ابتاع
 جزءا آخر (فرع) ولو وهب له جزءا ممن يعتق عليه فقبله تم عليه عتقه وان لم يقبله عتق الجزء
 وحده رواه ابن المواز عن مالك وقال ابن الماجشون إن قبله أو لم يقبله لا تقويم عليه ويعتق
 ذلك النقص وقال ابن حبيب عن أصبغ في الهبة أن لم يقبله لم يعتق منه شيء ووجه القول الأول أنه إذا
 قبله فقد وجد القبول لا دخل الضرر في العتق كمالا ابتاعه وإذا لم يوجد منه القبول فلم يوجد من جهته
 ضرر فلا يقوم عليه كمالا ورثه ووجه قول ابن الماجشون أن قبله لا تأثير له في رد الهبة ومنع
 ما وهب من العتق فلم يوجب ذلك التقويم عليه كمالا قبل ما ورث ووجه قول أصبغ أن الهبة لا تتم إلا

بالقبول فاذا لم يوجد القبول لم تصح الهبة واذا لم تصح لم يعتق منه شيء

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فاعطى شركاؤه حصصهم يريد والله أعلم أعطى كل واحد منهم بقدر ماله في العبد من القبة التي لزم المعتق بالتقويم وأعتق عليه العبد يريد ان العتق يكون له ومعنى ذلك ان ولاء العبد يكون له لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انما الولاء لمن يعطى الورق ومن جهة أخرى وانما الولاء لمن أعتق وقد وجد منه الامر ان العتق واعطاء الورق والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم والافقد عتق منه ما عتق ظاهره انه من قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يصاله بمحبيته وليس فيه ما ينفي ذلك وكذلك روى مالك وعبيد الله بن عمر وقال أيوب عن نافع من أعتق نصيبه في مملوك أو شركاؤه في عبد فكار له من المال ما يبلغ قيمته بقية عدل فهو عتق قال نافع والافقد أعتق منه ما أعتق قال أيوب لا أدري أشئ قاله نافع أو شئ في الحديث وقول مالك وعبيد الله أولى لانهم اقدحوا الرواية ولم يشكوا مالك وعبيد الله أثبت من نافع ومن أيوب وان كان أيوب نبيا مقدما فيه وذلك يقتضي انه يقضى بالعتق عند عمر مبتدئ العتق على من أعتق منه وهذا يمنع الاستسعاء وقال أبو حنيفة يستسعى العبد في قيمته والدليل على مانقوله الحديث المتقدم والا فقد عتق منه ما عتق ومن جهة المعنى انه استسعاء فلم يكن لازما كالكتابة والعبد لم يحز ولاء سيده المتمسك بنصيبه فكما لا يلزمه الاستسعاء قبل أن يبدأ العتق فكذلك بعده (مسئلة) اذا ثبت ذلك قال كان عنده من المال ما يقوم منه بعض ما بقى من العبد على حكم الرق عتق منه بقدر ذلك واسترق الباقي المتمسك بالرق ويجرى الحكم بينه وبين سيده في عمله وغلته ونفقته على ما تقدم في كتاب الوصايا من حكم المعتق بعضه والله أعلم (مسئلة) وهذا الحكم في عبد مشترك فأما ان أعتق شقصا من عبده فانه يعتق عليه باقية ووجه ذلك انه يكمل عليه عتقه اذا كان الباقي لغيره وبزال عنه ملك الغير ويجبر على شرائه فبان يكمل عليه عتقه وهو ملك له أولى وأحرى ولانما كان باقي العبد له كان موسرا بعتقه والله أعلم (فرع) وهل يعتق عليه بالحكم أو بالسراية قال القاضي أبو محمد اختلف في ذلك عن مالك فعنه في روايتان احدهما بالحكم والثانية بالسراية وجه قولنا يعتق عليه بالحكم انه عتق يقيم على مبتدئه فثبت بالحكم كالذي يعتق حصته من عبد مشترك ووجه القول بالسراية ان العتق يبنى على التغليب والسراية فاذا بعضه في حق نفسه سرى الى جميعه كما قال يدك حر أو رجلك حر ص قال مالك والامر بالمجمع عليه عندنا في العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهم ما من الأسهم بعدموته انه لا يعتق منه الا ما أعتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان خيرا في ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقى من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق ما بقى من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤا العتاق ولا أنبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذي اعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك في مال غيره الا أن يوصى بأن يعتق ما بقى منه في ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو في ثلث مال الميت لأنه ليس على ورثته في ذلك ضرر

قال مالك والامر بالمجمع عليه عندنا في العبد يعتق سيده منه شقصا ثلثه أو ربعه أو نصفه أو سهم ما من الأسهم بعد موته انه لا يعتق منه الا ما عتق سيده وسمى من ذلك الشقص وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت وكانت بعد وفاة الميت وان سيده كان خيرا في ذلك ما عاش فلما وقع العتق للعبد على سيده الموصى لم يكن للموصى الا ما أخذ من ماله ولم يعتق ما بقى من العبد لان ماله قد صار لغيره فكيف يعتق ما بقى من العبد على قوم آخرين ليسوا هم ابتدؤا العتاق ولا أنبتوها ولا لهم الولاء ولا يثبت لهم وانما صنع ذلك الميت وهو الذي اعتق وأثبت له الولاء فلا يحمل ذلك في مال غيره الا أن يوصى بأن يعتق ما بقى منه في ماله فان ذلك لازم لشركائه وورثته وليس لشركائه أن يأبوا ذلك عليه وهو في ثلث مال الميت لأنه ليس على ورثته في ذلك ضرر

المال ينتقل عنه الى الورثة بموته وليس له منه الا ما تمسك به من ثلثه ولم يتمسك الا بما أوصى بهتقه وقد قال مالك لورثته باقى العتق فلا يعتق عليهم وهم لا يجبوا العتق فكان ذلك بمنزلة من أعتق شقصه من عبد وليس له مال غير ذلك الشقص فان باقية يرق والله أعلم
(فصل) ولو أوصى أن يتم عليه في ثلثه فقد قال مالك يقوم في ثلثه ووجه ذلك انه قد تمسك بهذا القدر من ماله فإلزام أن يعتق عليه فيه كالخى الغنى

(فصل) وليس لشركائه أن يأبوا ذلك ويلزمهم ويلزم ورثته يريدانه اذا أوصى بذلك لم يكن لورثته الامتناع منه اذا التفت بحمله ولا يكون لشريكه الامتناع منه لأنه قد لزمه أن ينفذ عتقه أو يقوم على الموصى قال سحنون للتمسك أن يعتق نصيبه ولا يقوم وقاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال وقال مطرف عن مالك ليس لشريكه أن يعتق ويلزمه التقويم كما لو أعتق الشريك جميعه فاما قول ابن الماجشون فلان هذا مبتدئ عتق عبد مشترك فكان لشريكه انفاذ عتق حصته كما لو أنفذ عتق ذلك الشقص وهو صحيح والذي رواه مطرف عن مالك يحتمل أن يكون على قول من قال يعتق بالسراية قال سحنون ورأيت رواية لابن وهب عن مالك وهى وهم لا أعرفها اذا أبى شريكه فانه يعتق منه ما ملك فقط وباقي الثلث للورثة

(فصل) وقوله وذلك ان عتاقه ذلك الشقص انما وجبت بعد وفاة الموصى وكان مخيرا في ذلك ما عاش يريدان من أوصى يعتق شقص من عبده أو يعتق شقص له من عبده سائر له غيره فانه لا يقوم عليه الآن ولا يعتق عليه سائر لان عتقه بعد لم يلزم وانما يلزم بموته من ذلك لان له الرجوع عنه في حياته (مسألة) ومن أعتق بعض عبده في مرضه كمل عليه باقية في ثلثه ولو أوصى بعته جزء منه بعد موته ففي تكميله روايتان احدهما وجوبه والاخرى نفيه وجه الرواية الأولى انه مختار لتبعية العتق فلزم التقويم في ماله كما لو انفذ عتقه ووجه الرواية الثانية انها وصية بعته بعض عبد فالعتق انما يقع بعد موته وحينئذ يوجد التبعية منه بوقوع العتق وذلك وقت لا مال له لاسيما ولم يستثن منه شيئا فأشبه المعسر يعتق بعض عبده فانه لا يتم عليه ص ~~ص~~ قال مالك ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فثبتت عتقه عتق عليه كله في ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لان الذي يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وان العبد الذي يبت سيده عتق ثلثه في مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه في ثلثه وذلك ان امر المريض جائز في ثلثه كما ان امر الصحيح جائز في ماله كله ~~مخش~~ وهذا على نحو ما قال ان المريض اذا أعتق جزءا من عبده فانه يعتق جميعه في ثلثه وذلك ان مات في مرضه ذلك وفرق مالك بين هذا وبين الذي يوصى بعته ثلث عبده بان هذا قد لزمه العتق وان عاش تم عليه والذي أوصى بعته ثلث عبده لو عاش كان له الرجوع عنه (فرع) ومتى يقوم باقى العبد الذي أعتق المريض شقصا منه روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك في الذي يعتق شقصه من عبد يقوم عليه في ثلثه سواء عثر عليه قبل أن يموت أو بعده وقال ابن الماجشون لا يقوم عليه حتى يصح فيقوم عليه في ماله أو يموت فيعتق في ثلثه ما أعتق ولا يقوم عليه نصيب صاحبه وان حمله الثلث لان التقويم لا يلزم الا في عتق يتعجل أو يتأجل الى أجل قريب لا يرده دين وهذا قد رده الدين الا أن تكون له أموال مأمونة فيقوم عليه ويعجل له العتق قبل أن يموت وروى سحنون عن أبيه عن ابن القاسم بوقف فان مات قوم عليه في ثلثه أو ما حل منه وان كانت له أموال مأمونة قوم فيها وجه القول الأول ان ابتداء العتق

قال مالك ولو أعتق الرجل ثلث عبده وهو مريض فثبت عتقه عتق عليه كله في ثلثه وذلك انه ليس بمنزلة الرجل يعتق ثلث عبده بعد موته لان الذي يعتق ثلث عبده بعد موته لو عاش رجع فيه ولم ينفذ عتقه وأن العبد الذي يبت سيده عتق ثلثه في مرضه يعتق عليه كله ان عاش وان مات عتق عليه في ثلثه وذلك ان امر الميت جائز في ثلثه كما أن أمر الصحيح جائز في ماله كله

جناية فلم يمنع مرضه من مطالبة بها ولا تفوت بموته الا انه لما كان من باب البر لم يكن له أن يتجاوز بذلك ثلثه ووجه القول الثاني ما تقدم من قول ابن الماجشون والله أعلم (مسئلة) ومن أعتق في مرضه عبده فلم يجعله الثلث فأجاز بعض الورثة حصته فلا تقويم عليه والولاء لليت رواء ابن حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك ان الوارث انما أجاز فعل الميت فلم يدخل ضرر را في الملك وقدر روى مطرف عن مالك ان أعتق الوارث سهمه مما رقى منه لم يقوم عليه وله ولاء تلك الحصصة وان لم يقوم عليه لانه لم يبتدئ بأدخال الضرر وقد تقدم بذلك الميت كثلثة اشراك ابتداء أحدهم بعق حصته وهو معسر ثم أعتق الثاني وهو موسر فلا يقوم عليه ويأتي على قول ابن نافع انه يقوم عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن أعتق بعض عبده فقدر روى في الموازية أشهب عن مالك انه ان لم يتم عليه حين مات انه لا يتم عليه باقية قال سحنون في كتاب ابنه هذا قول أصحابنا ولو مات مكاه أو أفلس وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك من أعتق بعض عبده أو سهما من عبده باقية لغيره فلم يتم عليه حتى أفلس فلا يتم ما بقى كالومات ووجه ذلك أن حق الغير قد يتعلق بالمال فكان بمنزلة حال المعسر بل هو أشد حالاً منه لان الميت متيقن العدم والمفلس مطلوب بحقوق متقدمة ولم يدفعه للجناية لان حق الشريك باق يسده انما أدخل عليه فيه ضرر والله أعلم وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية من أعتق شقصاله في عبد في صحته فلم يقوم عليه حتى مات بحد ثان ذلك فانه يقوم عليه قال في العتبية يعق عليه جميعه من رأس ماله قال سحنون في كتاب ابنه لا يقوم عليه قال أشهب في الموازية لأن هذا حق قد ثبت لشريكه ولم يفرط ولو طال ذلك لم يقوم في رأس مال الميت ولا ثلثه وروى ابن حبيب عن مطرف مثل رواية أشهب وقال هو كالمتنع يموت ولم يهدفان لم يفرط أهدي عنه من رأس ماله وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وهو بخلاف معتق بعض عبده فانه لا يتم عليه باقية وان مات بحد ثانه وجه تسوية ابن القاسم بين من أعتق حصه من عبده وبين من أعتق حصه من عبده لغيره باقية ان العتق عمل يد فاذا أجاز أن يتم عليه لغيره فبأن لا يتم عليه من ماله أولى ألا ترى أن المعسر يتم عليه عتق عبده ولا يقوم عليه حصه غيره ووجه قول الجماعة ان حق الغير متعلق بماله بجنائه عليه فيلزم أداؤه من رأس ماله في مرضه وبعد موته الا أن يوجد من صاحب الحق من التفريط ما يقتضي التسليم والتركة فلا يبقى الا حق الباري تعالى في تميم العتق فيكون حينئذ بمنزلة من أعتق حصه من عبده والله أعلم قال سحنون وقد أجمعوا على أنه من مات قبل أن يتم عليه عتق عبده انه لا يتم عليه بعد موته وان عثر على ذلك في مرضه فقد قال مالك من رواية عيسى عن ابن القاسم عنه فحين أعتق بعض عبده أو نصيبا من عبده لغيره باقية أعتقه في صحته فعلم بذلك في مرضه فانه يقوم عليه باقية في ثلثه وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فحين أعتق بعض عبده في صحته وقيم عليه وهو مريض فانه ان صح عتق عليه كله وان مات فالباقي في ثلثه وخالفه ابن الماجشون فقال ان قيم عليه في مرضه فلا يقوم عليه ان مات وجه القول الاول انه وجد منه في حال صحته ما يلزمه العتق في المستقبل فكان ذلك في حياته من رأس ماله وبعد موته من ثلثه ووجه القول الثاني وهو المشهور ما تقدم (فرع) فاذا قلنا انه يتم على المريض العتق فقدر روى ابن المواز عن أصبغ اذا أعتق شقصا من عبده لغيره باقية فلم يقوم عليه حتى مرض يحكم بالتقويم الا ان يوقف المال حتى يعق ما حبل الثلث من تلك القيمة التي كانت في المرض ان مات مبدأ على جميع الوصايا وما أعتق أولافن رأس ماله وان صح لزومه القيمة

ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال ابن عبد الحكم لا يقوم في مرضه وليوقف أبدا حتى يموت فيعتق ما بقي في ثلثه أو يصح فيكون من رأس ماله إلا أن يعتق الشريك وجه القول الأول أن القيمة إنما تلزمه يوم الحكم فيه لكنه حكم متوقف لتجوز الصصة والموت فان صح لزمته تلك القيمة من جميع ماله وان مات لزمت في ثلث ماله ووجه القول الثاني أنه إذا لم ينفذ العتق الآن فلا معنى لتعجيل التقويم والله أعلم وأحكم

✽ الشرط في العتق ✽

✽ الشرط في العتق ✽
 * قال مالك من أعتق عبدا له فبث مبرائه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده ولا يحمل عليه شيئا من الرق لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو إذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشيء من الرق * ش معنى ذلك أن من بطل عتق عبده معجلا ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق أن يشترط عليه عملا لأن ذلك بمنزلة أن يبقى عليه شيئا من الرق وذلك مخالف للمال المشترك عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فممن قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شيء عليه وروى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب إلى وروى في العتبية يجي عن ابن القاسم فممن قال لعبده أنت حر على أن عليك خمسين دينارا إن العبد خير إن شاء أن يتبع بها ويعجل عتقه وان كره أن يكون غريبا فلا عتاقه له وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز أنه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كماله أن يلزمه ذلك لغير حرية فلم يزد ذلك الحرية إلا حجة لذلك أصبغ بأن له أن يكرهه على النكاح والبيع وانتزاع المال فكأنه باعه من نفسه ووجه قول ابن القاسم في متابعة سيده أن العتق قد أوقعه فيلزمه لأنه لم يستثن فيه خيارا ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما لا يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من أنه ليس للسيده أن يشغل ذمته إلا برضاه ألا ترى أنه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه إلا برضاه (مسئلة) وأما أن شرط عليه عملا فان كان قبل العتق مثل أن يقول أنت حر على أن تحمدي سنة فذلك عليه قاله ابن القاسم وأما أن كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم إن قال لعبده أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شيء عليه وكذلك لو قال له أنت حر على أن لا تفارقني قال محمد هو حر وشرطه باطل ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع إبقاء شيء من الرق وذلك متنافي ينفذ العتق ويبطل ما بقي من الاسترقاق لأن العتق مبني على التغليب والسراية وليس كذلك الدين في ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الأحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذم العبد فلا ينافي الحرية بل إذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحر كذا الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) إذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر وعليك كذا هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك للعبد وأما قوله أنت حر على أن عليك كذا فقد قال ابن الماجشون اللفظان سواء ويثبت فيهما الخيار وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدى إلى كذا فقال هذا

ص * قال مالك من أعتق عبدا له فبث مبرائه فليس لسيده أن يشترط عليه مثل ما يشترط على عبده ولا يحمل عليه شيئا من الرق لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد * قال مالك فهو إذا كان له العبد خالصا أحق باستكمال عتاقته ولا يخلطها بشيء من الرق * ش معنى ذلك أن من بطل عتق عبده معجلا ولم يعلق ذلك بأجل ولا عمل يقع العتق بعده فلا يجوز له في هذا العتق أن يشترط عليه عملا لأن ذلك بمنزلة أن يبقى عليه شيئا من الرق وذلك مخالف للمال المشترك عليه وقد قال ابن المواز عن مالك فممن قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فلم يرض العبد فذلك عليه وان كره وبه قال ابن وهب وعبد الملك وابن القاسم وهو قول أشهب وقال ابن المسيب هو حر ولا شيء عليه وروى عن ابن القاسم أنه قال وذلك أحب إلى وروى في العتبية يجي عن ابن القاسم فممن قال لعبده أنت حر على أن عليك خمسين دينارا إن العبد خير إن شاء أن يتبع بها ويعجل عتقه وان كره أن يكون غريبا فلا عتاقه له وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون نحوه وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز أنه ألزمه ذلك قبل العتق وذلك جائز له كماله أن يلزمه ذلك لغير حرية فلم يزد ذلك الحرية إلا حجة لذلك أصبغ بأن له أن يكرهه على النكاح والبيع وانتزاع المال فكأنه باعه من نفسه ووجه قول ابن القاسم في متابعة سيده أن العتق قد أوقعه فيلزمه لأنه لم يستثن فيه خيارا ولا يلزم العبد ما ألزمه بعد العتق من المال كما لا يلزمه ما ألزمه بعد العتق من العمل ووجه القول الثالث ما احتج به ابن الماجشون من أنه ليس للسيده أن يشغل ذمته إلا برضاه ألا ترى أنه لو كاتبه على ما ليس عنده لم يلزمه إلا برضاه (مسئلة) وأما أن شرط عليه عملا فان كان قبل العتق مثل أن يقول أنت حر على أن تحمدي سنة فذلك عليه قاله ابن القاسم وأما أن كان العمل بعد العتق فقد قال ابن القاسم إن قال لعبده أنت حر واخدمني سنة فهو حر ولا شيء عليه وكذلك لو قال له أنت حر على أن لا تفارقني قال محمد هو حر وشرطه باطل ووجه ذلك على ما قال مالك من تعجيل العتق مع إبقاء شيء من الرق وذلك متنافي ينفذ العتق ويبطل ما بقي من الاسترقاق لأن العتق مبني على التغليب والسراية وليس كذلك الدين في ذمته لأنه ليس من أحكام الرق لأن الدين يثبت على الأحرار ويتعلق بذمتهم أكثر من تعلقه بذم العبد فلا ينافي الحرية بل إذا تعلق بذمة العبد على وجه ما يتعلق بذمة الحر كذا الحرية والله أعلم وأحكم (فرع) إذا ثبت ذلك فان لفظ أنت حر وعليك كذا هو المتفق عليه من قول من يرى لزوم ذلك للعبد وأما قوله أنت حر على أن عليك كذا فقد قال ابن الماجشون اللفظان سواء ويثبت فيهما الخيار وروى ابن القاسم عن مالك التسوية بينهما ولا خيار للعبد وفرق بين هذين اللفظين وبين قوله أنت حر على أن تؤدى إلى كذا فقال هذا

لا يعتق حتى يؤدى ويقبل ذلك العبد ووجه ذلك ان الذى قال له على أن عليك علق العتق بشئ يتعجل وهو ثبوت الدين في ذمة العبد والذى قال على ان تؤدى الى أو على ان تعطى علق العتق بشئ لا يوجد بنفس العتق ولا يوجد الا بمعنى مستأنف وور بما تعجل الأمد البعيد وور بما تعذر فكان العتق يتأجل بتأجله (مسئلة) ومن قال لأمته أنت حرة على أن تسلمى فقد قال ابن حبيب عن أصبغ ان أبت لحرية لها كقوله ان شئت وليس كقوله أنت حرة على ان تنكحى فلانا ثم تأبى ان العتق ماض في هذه والفرق بينهما أنها ان رضيت بذلك فبنفس العتق تكون مسلمة كقوله على أن عليك عشرة دنائير وقوله على ان تنكحى فلانا فاما بشرط عليها عملا فعمله بعد تمام العقد يصح ان يتأخر الزمن الطويل وهو اباحة بعضها وقبول الزوج فكان بمنزلة ان يترط عليها عملا أو خدمة أو بمنزلة قوله أنت حرة على أن لا تقارفينى فانها تكون حرة ولا يلزمها الشرط

✽ من أعتق رقيقا لا يملك ما لا غيرهم ✽

ص ✽ مالك عن يحيى بن سعيد وعن غير واحد عن الحسن بن أبي الحسن البصرى وعن محمد بن سيرين أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبدا له ستة عند موته فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق ثلث تلك العبيد ✽ قال مالك وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم ✽ مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رجلا في إمارة أبان بن عثمان أعتق رقيقا له كلهم جميعا ولم يكن له مال غيرهم فأمر أبان بن عثمان بتلك الرقيق فقسمت أثلاثا ثم أسهم على أيهم يخرج سهم الميت فيعتقون فوقع السهم على أحد الأثلاث فعتق الثلث الذى وقع عليه السهم ✽ ش هذا الحديث مرسل وقد أسند من حديث عمران بن حصين أخرجه مسلم من رواية اسماعيل بن علية عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة عبيد له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وورق أربعة وقال له قولا شديدا وأخرجه من حديث الثقفى عن أيوب أن رجلا من الأنصار أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين والأول أكثر رواه ابن علية وحجاده عن أيوب ورواه هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين قال ابن سعدون عن أبيه وروى عمران بن حصين أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم بين الستة العبيد الذين أعتقهم رجل عند موته لا يملك غيرهم وحكم بذلك عندهم بالمدينة مالك وذلك أحسن ما سمعت هذا مذهب مالك رحمه الله وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تدخل القرعة في العتق ويعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في بقية قيمته فاذا أداها الى الورثة عتق والدليل عليه الحديث المتقدم ويقتضى العتق بالقرعة وفي ذلك أدلة أحدها حكم بالقرعة وأبو حنيفة ينفىها والثانى انه قال فأعتق اثنين وورق أربعة وعند أبي حنيفة لا يكمل عتق أحدهم ولا يرق جميع أحدهم وانما يعتق ثلث كل واحد منهم ثم يستسعى ومن جهة المعنى أن المريض ليس له أن يعتق جميع عبيده اذا كانوا جميع ماله فاذا فعل ذلك لم يعتق الاثلثم واحتج الى القرعة لتمييز الثلث والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله أعتق ستة عبيد له عند موته قال سعدون قيل بتلهم وقيل أوصى بهم فقن نستعمل القرعة فيما جاء فيه الخبر من العتق في المرض أو الوصية في جملة بعتهم يضيّق ثلثه عنهم وكذلك في الجهولين من جملة رقيق اذا كان في مرضه أو وصيته ولا يسهم بين المدبرين في الصحة لاننا لا نعدوا

✽ من أعتق رقيقا

لا يملك ما لا غيرهم ✽

✽ حدثني مالك عن يحيى

ابن سعيد وعن غير واحد

عن الحسن بن أبي الحسن

البصرى وعن محمد بن

سيرين أن رجلا في زمان

رسول الله صلى الله عليه

وسلم أعتق عبدا له ستة

عند موته فأسهم رسول

الله صلى الله عليه وسلم

بينهم فأعتق ثلث تلك

العبيد ✽ قال مالك

وبلغنى أنه لم يكن لذلك

الرجل مال غيرهم

✽ وحدثني مالك عن

ربيعة بن أبي عبد الرحمن

أن رجلا في إمارة أبان

ابن عثمان أعتق رقيقا له

كلهم جميعا ولم يكن له مال

غيرهم فأمر أبان بن عثمان

بتلك الرقيق فقسمت

أثلاثا ثم أسهم على أيهم

يخرج سهم الميت فيعتقون

فوقع السهم على أحد

الأثلاث فعتق الثلث

الذى وقع عليه السهم

ما جاء فيه الخبر ويحتمل أن ير يد بقلوله أعتق عبدا له عند موته أن يعتقهم لتقع حرمتهم بموته فيحتمل قول سحنون فقليل بتلهم وقيل أوصى بعتقهم بينهم ير يد بذلك أنه قد بلغته الر وايتان من وجه يجوز له التعلق بها لمعلمها على قصتين أو على قصة ثبت فيها حكايا لا يتناهيان فيعمل عليهما (مسئلة) فأما الوصية بعتقهم فلا خلاف يعلم في المذهب في أنه يقرع بينهم بالسهم وأما أن بتلهم في المرض فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أنه يقرع بينهم ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقال أبو زيد وأصبغ والحرث يعتق من كل واحد منهم بغير سهم وإنما السهم في الوصية وإنما واجب الاختلاف في هذا الاختلاف لفظ الحديث ففي حديث عبد الوهاب أن ما حكم فيه النبي صلى الله عليه وسلم بالقرعة إنما كان في وصية الانصارى بعتق ستة أعبد له وروى اسماعيل بن علي وحامد بن زيد أنه أعتقهم عند موته وذلك يحتمل إيقاع العتق بالقرب من وقت موته وظاهره حال المرض ويحتمل أن ير يد به بعد موته والله أعلم وجه القول الأول أن العتق في المرض خارج من الثلث فأشبه الوصية ووجه القول الثاني أنه عتق لارجوع له فيه كالعتق في الصحة (فرع) فإذا قلنا ان القرعة تستعمل في العتق فقد روى عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعمش عن ابن نافع أنه لا يسهم في الرقيق في العتق إذا كان للمالك شيء من مال وأما السهمان إذا لم يكن للمالك الا ذلك الرقيق فقط وقال ابن نافع وإنما أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقيق الستة الذين أعتقهم بهم عند موته لأنه لم يترك ما لا غيرهم قال ابن مزين وسمعت مطرفا يقول مثل ذلك فقلت له هو قول مالك فقال هو الذي لا يعرف غيره وهو الذي روى ابن المواز عن ابن القاسم ان القرعة لا تكون الا لمن قال في وصيته رقيق أحرار ولم يدع ما لا غيرهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان بتلهم في مرضه أو بتسل بعضهم أو أوصى بعتق بعضهم فلم يحملهم الثلث فليقرع بينهم كان له مال سواهم أو لم يكن وقد تقدم من قول سحنون ورواية غيره عن مالك أنه يسهم بينهم إذا ضاق الثلث عنهم وذلك يقتضي ان له ما لا غيرهم وجه قول ابن نافع تعلقه بلفظ حديث اسماعيل بن علي وحامد بن زيد أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولا مال له غيرهم ومن جهة المعنى انه اذا لم يكن له مال غيرهم وأعتق جميعهم لم يدخل التبعية في عتقه لأنه قصد الاجال فاما يحتاج الى القرعة ليميز من يجوز عتقه ممن لا يجوز عتقه لحق الورثة وان كان له مال فقد قصد التبعية لأنه لم يخرج بالعتق من جميع ماله فاذا أعتق ثلث كل واحد منهم لم يخالف صورة ما فعله بعتقه من التبعية ووجه القول الثاني التعلق بلفظ حديث مالك وليس فيه انه لا مال له غيرهم فجعل علة القرعة انه أعتقهم عند موته وظاهره حال المرض أو الوصية فاما يعتبر في ذلك الثلث والله أعلم وأحكم (فرع) ولو قال ثلث رقيق أحرار ثبت في ذلك حكم القرعة ولو قال ثلث كل واحد من رقيق حر لم يقرع بينهم لأنه قد ميز نصيب العتق من نصيب الرق وبين انه قصد التبعية قاله القاضي أبو محمد ولو قال في وصيته أعتقوا عبيدي في ثلثي أو ما حل ثلثي منهم فقد قال ابن كنانة لا فرعة فيهما ويعتق منهما بالخصص محمل الثلث وقال عيسى عن ابن القاسم ذلك سواء وفيه القرعة ووجه قول ابن كنانة ان اضافة ذلك الى الثلث مخالف لاطلاق اللفظ لأنه اذا أطلق اللفظ لم يقصد التبعية واذا أضاف ذلك الى الثلث قصد التبعية فلم يخرج الى القرعة ووجه قول ابن القاسم ان العتق تاول جلتهم دون تبعية العتق فيهم ولا يميز ما يعتق من كل واحد فلزم القرعة لتمييز ذلك (فرع) وقال سحنون يفرق عندنا على حكم التسمية من غيرها فاذا قال ميمون ومبرزوق حران تحاص في ضيق الثلث وان قال عبادى حران أو غلمانى أحرار أقرع

بينهم وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون سواء ساهم بأسمائهم أو قال رقيق كلهم أحرار أو
ثلثهم فانه يسهم بينهم كما جاء الخبر قال وكذلك قال لي أصبغ عن ابن الماسم وجه قول سحنون أن التسمية
تقتضى أن لا يعبدى أحد ممن سعى من العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها فلا يصح اسم من
تلك الأسماء من تناول العتق لاختلاف أسمائهم التي نص عليها وإذا لم يسهمهم وعلق العتق على العبيد
فان عتق بعضهم لا يخل بعتق من علقه عليه لانه أوصى بعتق عبيده وإذا أعتق بعضهم بالسهم فقد تناول
العتق من يقع عليه هذا الاسم ووجه القول الثاني ان لفظ العبيد إذا أضيف اليه تناول كل عبده
فكان ذلك بمنزلة أن يسهمهم فإذا كان السهم يجري في عتقه عبيده فكذلك إذا ساهم والله أعلم
وأحكم (فرع) ولو قال أعتقوا ثلاثة من رقيق أو عشرة وهم خسون أو عشرون فقد قال ابن
المواز يجعل ذلك العدد جزءاً من الجملة ووجه ذلك أن العدد من الجملة إذا لم يتعين فهو كالجزء منها
فوجب أن يكون حكمه حكمها (فرع) وإذا سعى عدد افهل بعضهم فقد قال ابن المواز يكون
ذلك العدد جزءاً من الباقي وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون انه سواء سعى جزءاً أو عدداً فانه
يعتق ممن بقي مثل ما كان يعتق من الجميع لو بقوا مثل أن يوصى بخمسة وجميعهم ثلاثون
فيموتون الا خمسة فانه يعتق سدسهم ووجه قول ابن المواز أنه أن امرأ أن يعتق خمسة من رقيقه وهم
ثلاثون فأتوا الا عشرة أعتق نصفهم ان الخمسة نصف ما بقي وكذلك حتى لا يبقى الا خمسة أو أقل فيعتق
جميعهم وأما الاعتبار على هذا القول فبقدر التسمية من الجملة حين الحكم وعلى قول ابن
الماجشون الاعتبار بالتسمية وقدرها من العدد يوم الوصية (مسئلة) ومن أعتق في صحته فقد
قال مالك وابن القاسم وغيره لا يسهم في عتق الصفة ومعنى ذلك أن يعتق جميع رقيقه في صحته لان
ذلك ينفذ ولا يرد عتق أحد منهم وقال سحنون وقد قال بعض أصحابنا عن مالك فيمن أعتق في صحته
رأساً من رقيقه فلم يعينه حتى مات وهم أربعة انه يعتق ربعهم بالسهم وقيل يكون الخيار لورثته
في عتق أحدهم (مسئلة) وإذا أردت القرعة بين الرقيق فان انقسموا على ثلاثة أقسام معدلة
قسمتهم على ذلك وأخذ ثلاث بطائق فيكتب في كل بطاقة أسماء من في الجزء من العبيد وتلف كل
بطاقة في طين بحضرة العدول وتعطى لمن يدخلها في كفه من صغيراً أو كبيراً ثم يخرج واحدة فتفرض
فيعتق من فيها رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان لم يعتدل الرقيق في القسمة على
أجزاء الثلث فانه يكتب اسم كل عبد في بطاقة قال ابن المواز بعد أن تعرف قيمة كل واحد منهم
وتكتب قيمته مع اسمه فنخرج سهمه عتق ان حله الثلث والا فاحل منه ورق باقيه وان كان أقل
من الثلث أعيد السهم حتى يستوفي الثلث وروى مثل ذلك كله في المدينة عيسى عن ابن القاسم

❦ القضاء في مال العبد اذا عتق ❦

ص ❦ مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول مضت السنة أن العبد اذا أعتق تبعه ماله ❦ قال مالك
ومما بين ذلك أن العبد اذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله وان لم يشترطه المكاتب
وذلك أن عقد الكتابة هو عقد الولاء اذا تم ذلك وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لها من
ولدانها أولادها بمنزلة رقابها ليسوا بمنزلة أولادها لان السنة التي لا اختلاف فيها أن العبد اذا عتق
تبعه ماله ولم يتبعه ولده وأن المكاتب اذا كوتب تبعه ماله ولم يتبعه ولده ❦ قال مالك ومما بين ذلك
أيضاً أن العبد والمكاتب اذا أفلسا أخذت أموالهما وأتتهما أولادها ولم تؤخذ أولادها لانهم ليسوا

❦ القضاء في مال العبد اذا عتق ❦

❦ حدثني مالك عن ابن
شهاب أنه سمعه يقول
مضت السنة أن العبد
اذا أعتق تبعه ماله ❦ قال
مالك ومما بين ذلك أن
العبد اذا أعتق تبعه ماله
أن المكاتب اذا كوتب
تبعه ماله وان لم يشترطه
المكاتب وذلك أن عقد
الكتابة هو عقد الولاء
اذا تم ذلك وليس مال
العبد والمكاتب بمنزلة
ما كان لها من ولدانها
أولادها بمنزلة رقابها
ليسوا بمنزلة أولادها لان
السنة التي لا اختلاف
فيها ان العبد اذا عتق تبعه
ماله ولم يتبعه ولده وان
المكاتب اذا كوتب
تبعه ماله ولم يتبعه ولده قال
مالك ومما بين ذلك أيضاً
أن العبد والمكاتب اذا
أفلسا أخذت أموالهما
وأتهما أولادها ولم
تؤخذ أولادها لانهم
ليسوا

بأموالهما * قال مالك ومما يبين ذلك أيضاً أن العبد إذا بيع واشترط الذي ابتاعه ماله لم يدخل ولده في ماله * قال مالك ومما يبين ذلك أيضاً أن العبد إذا جرح أخذه وماله ولم يؤخذ ولده * ش قوله مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله يريد أن ماله يبقى على ملكه ولا يكون لسيدته انتزاعه منه إذا أعتقه ولم يستثن ماله ولا شيئاً منه لأن لفظ العتق لم يتناول ماله وإنما قوى ملكه به بخلاف البيع فإنه وإن كان لا يتناول أيضاً إلا العبد دون ماله فإنه يخرج إلى مالك له من انتزاع ماله بالدول فكان الأول أحق به لأن بيعه دون ماله بمنزلة انتزاعه وذلك جائز له (مسئلة) وهذا حكم عتقه المباشر البتل والوصية لأن الوصية بالعتق عتق فيلزم أن يتبع المال المعتق وقال أشهب ليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه قبل انقضاء عتقه إن كان العتق معجلاً وإن كان مؤجلاً بعد الموت فقد قال أشهب للورثة انتزاعه ما لم يقرب الأجل وبه قال ابن المواز وقال ابن عبد الحكم ليس للورثة ذلك وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن حكم الورثة حكم الموروث فمن أعتق عبده إلى أجل كان له انتزاع ماله ما لم يقرب الأجل فكذلك ورثة المعتق إلى أجل (مسئلة) وأما الموصى به إلى أجل لرجل ففي العتبية من سماع ابن القاسم أن مال العبد للموصى به برقة العبد بخلاف الهبة والصدقة وفي الموازية من رواية ابن وهب عن مالك لا يتبعه ماله في وصية ولا هبة ولا صدقة ولا بيع ولا رهن إلا في عتق جميعه أو بعضه أو الكتابة أو الجناية قاله ابن القاسم ورجع ابن القاسم في الوصية وجه رواية ابن القاسم في الوصية أنها وصية بالعبد كالوصية بعتقه ووجه رواية ابن وهب وهي رواية أشهب عن مالك في العتبية أنه أخرج العبد إلى مالك فلم يتبعه ماله كماله ووجهه (فرق) والفرق بين الهبة والوصية على مذهبه ابن القاسم أن الهبة إنما ينزع المال الواهب ويقول لم أرد اتباع العبد ماله وأما في الوصية فأنما يريد انتزاع مال العبد الورثة لا الموصى (مسئلة) وأما الهبة ففي العتبية من رواية أشهب عن مالك فممن وهب عبد الثواب أو لغير الثواب أو تصدق به فإن ماله لا يتبعه وقال القاضي أبو محمد لم يختلف قول مالك في العتق أنه يتبع العبد ماله وفي البيع أنه لا يتبعه واختلف عنه في الوصية به وهبته لغير عوض والتصدق به وإسلامه في الجناية فعنه فيه روايتان أحدهما أن ماله يتبعه والثانية لا يتبعه وإنما اختلف قوله في ذلك لاختلاف تعليل الأصلين البيع والعتق فمن قال إن في البيع إخراجاً عن مالك بعوض فلذلك لم يتبعه ماله وفي العتق أخرجه إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله ومن قال أنه يتبعه ماله في الوصية والهبة والصدقة لأنه أخرجه عن ملكه بغير عوض كالعتق وقال في الجناية لا يتبعه ماله لأنه أخرجه عن ملكه بعوض ومن علل في البيع أنه أخرجه عن ملكه إلى مالك فلذلك يتبعه ماله وفي العتق أخرجه إلى غير مالك فلذلك يتبعه ماله وفي الصدقة والهبة والجناية والوصية لأنه أخرجه من ملكه إلى مالك كالبيع

(فصل) وقوله ومما يبين أن العبد إذا أعتق تبعه ماله أن المكاتب يتبعه ماله لأن عقد الكتابة هو عقد الولاء يريد أنه عقد يقتضي ثبوت الولاء كالعتق وهو بمعنى قولنا أنه خرج العبد عن ملكه إلى غير مالك فهذا حكم العتق والكتابة وإن اختلفا في أن الكتابة عتق بعوض وكذلك القطاعة والعتق المطلق عتق بغير عوض وهذا يدل على أن التعليل الصحيح من ذلك أنه خارج إلى غير مالك ولو علل بأنه خارج بغير عوض لبطلت الكتابة والله أعلم وأحكم وأما الكتابة فحق تعلق بعين العبد بنقله إلى مالك من غير عقد فببعض ماله كالورثة والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وليس مال العبد والمكاتب بمنزلة ما كان لهما من ولدان الولد بمنزلة الرقبة لا بمنزلة

بأموالهما * قال مالك
ومما يبين ذلك أيضاً أن
العبد إذا بيع واشترط
الذي ابتاعه ماله لم يدخل
ولده في ماله * قال مالك
ومما يبين ذلك أيضاً أن العبد
إذا جرح أخذه وماله ولم
يؤخذ ولده

المال يريد أن رقبته ملك لغيره وكذلك رقبة ولده وماله ملك له ولذلك إذا أعتق بقي ماله على ملكه وبقي ماله على ملك سيده على حسب ما كان عليه قبل العتق والكتابة وهذا في العتق البتل وكذلك المعتقة إلى أجل فيما ولدته قبل العتق فأما ما ولدته بعد العتق فخكمه حكمها لانه حكم ثبت في الأم فوجب أن يثبت في كل من تلده في المستقبل كالرق والحرية (مسئلة) وأما ولد المدبرة فجنزلة ما ولدته قبل موت السيد أو بعده وكذلك المدبرة من أمته ووجه ذلك انه ولدته بعد عقد لازم بحريتها فكان حكم الولد حكمها كالمعتق إلى أجل وأم الولد (مسئلة) وأما الموصى بعتقها أولفان فاولدته قبل موت الموصى فرفيق لورثته لا تتعلق به الوصية وماتلده بعد موته فخكمه حكم أمه رواه ابن عبدوس عن مالك ووجه ذلك ما أشار اليه من أن عقد عتقها قبل موت السيد غير لازم وهو بعد الموت لازم (مسئلة) ومن حلف بحرية أمته ليفعلن كذا فاولدت بعد اليمين وقبل الحنث فهو بمنزلة ما قاله مالك وأما ما ولدته قبل اليمين فلا تتعلق به اليمين ومعنى ذلك أن العتق فمتعلق بها تعلقا لازما لا يخرج عنه إلا بعمل وتكليف فكان ولدها بمنزلة ما ولدته أمه وأحكم

(فصل) قال مالك ومما يبين أن الولد مخالف لمالك العبدان العبد والمكاتب إذا أفلسا أخذت أموالها وأمهات أولادهما ولم يوثقوا وأولادها مير يداها لا تعلق لذمتهم بولده وذلك يدل على أنه ليس بماله ولو كان من ماله لقضى منه دينه قال وكذلك لو شرط المبتاع ماله لم يكن له ولده يريد أن الولد لا يتناول اسم المال ولا حكمه (فصل) وقوله وكذلك العبد إذا جرح أخوه هو وماله ولم يوثق بولده على ما قدمناه من أن المال يتبع العبد في الجنابة وقد تقدم من قول القاضي أبي محمد أنه لا يتبعه على إحدى الروايتين وقد تقدم بيانه والله أعلم وأحكم

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾

ص مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا ماتت فهي حرة ﴿ ش قوله أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وكذلك لا يجوز له أن يسهلها في جنابة ولا يسيل لغرمائه عليها في فلس يريد أنه لا يصح اخراجها عن ملكه لأن ما ذكر من ذلك هو معظم الوجوه التي يخرج بها الرفيق عن ملك السيد فإذا لم يصح اخراجها عن ملكه يبيع ولا غيره لم يكر له إلا بقاءها على ملكه أو تعجيل عتقها وعلى هذا فقهاء الأصناف وقد تقدم الكلام في ذلك في النكاح بما يغني عن إعادته (مسئلة) وإذا أسلمت أم ولد الذمي عرض عليه أن يسلم فإن أسلم فهي أم ولد على ما كانت وان لم يسلم ففي الموازية أعتق عليه بالحكم وهو قول مالك وأصحابه ابن القاسم وغيره وفي كتاب ابن سحنون عن مالك في ذلك روايتان قال تعتق ثم قال توقف الآن يموت أو يسلم ثم رجع إلى العتق وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن أنفق عليها وقفت حتى يموت أو يسلم فتكون أم ولد وقال ابن عبد الحكم توقف حتى تحيض حيضة فإن أسلم فبها والاعتقت وجه القول الأول بتعجيل عتقها انه اتماله فيها الاستمتاع فإذا حرم عجل عتقها إلى أن يرى أن المعتق إلى أجل إذا وهبه سيده خدمته عجل عتقه لما لم يبق له فيه تصرف ووجه القول الثاني انه لم يحرم عليه الاستمتاع بها على التأيسد وانما حرم لسبب يمكن زواله كالأول وجهها والله أعلم (مسئلة) وأما المرتد فقد قال أشهب قد عتقت أم ولده

﴿ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة ﴾
 * حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع بها فإذا ماتت فهي حرة

باردة فلا ترجع اليه كفر اقرب زوجته وقال ابن القاسم تحرم عليه بالردة فان تاب رجعت أم ولده وان قتل عتقت رواء ابن المواز عنه ووجه قول أشهب ما احتج به من قياسه الطلاق ووجه قول ابن القاسم انها ملك له فلا يزول ملكه عنها برده وانما يبقى مراعاة لساثر رقيقه والله أعلم وأحكم (فصل) وقوله ويستمتع بها يريد أن له جاعها وما يتبعه من أنواع الاستمتاع بها لان اسم الاستمتاع يشتمل على ذلك كله وجعل له الاستمتاع منها مدة حياته ولم يذكر له استعمالها وقال القاضي أبو محمد في معونته له استعمالها فيما يقرب ولا يشق وقال في الاشراف ليس له اجارتها خلافاً لابي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقله انه نوع من العوض كان يملكه عليها قبل الاستيلاء فلم يملكه بعده كبيع رقبته

(فصل) وقوله فاذا مات فهي حرة يريد انها تعتق بموته من رأس ماله لا يردها دين ولا غيره لانه لم يكن بقي له فيها الا معنى يختص به وهو الاستمتاع وذلك محرم فيها على غيره بملك الميراث فاذا مات لم يبق لغيره فيها تصرف فوجب أن تعتق والله أعلم (مسألة) واذا اشترى السفينة المحجور عليه أمة فأولدها مرد عليه ما أعطى منها وهل تكون له بذلك أم ولد أم لا ص * مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخته وليدة قد ضرب بها سيدها بناراً وأصابها بها فأعتقها * ثم الاصابة بالنار على ضربين أحدهما العمد والثاني الخطأ فأما العمد فثور في انجاز العتق وأما الخطأ فليس بمؤثر فيه وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فحين ضرب عبده بسوط في أمر عتب عليه فيه فقفاً عنه قال لا يعتق عليه قال ابن القاسم وانما كان يعتق ما كان على وجه العمد لا على وجه الخطأ يريد أن يقصد فقفاً عنه وأما ان قصد ضرب به فأخطأ فأصاب عينه فقفاً فلا يعتق عليه قال سمعون ومن ضرب رأس عبده فنزل الماء في عينيه فليس بمثلة يعتق بها ووجه ذلك ما قدمناه من انه لم يقصد الى ذلك وانما قصد الضرب والله أعلم

(فصل) وقوله وأما العمد وهو القصد الى اتلاف عضو أو احداث ما يتولد عنه الشين فهو على ضربين ضرب يبلغ بالعمد شينا فاحشاً فهدى يعتق به العبد على فاعله المالك له وان لم يبلغ ذلك لم يعتق به فانما يعتق عليه باجماع أمرين العمد وبلوغ الشين الفاحش قال عيسى بن دينار ورواه ابن المواز عن أشهب وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه عبده في شيء من ذلك وتعلق أصحابنا في ذلك بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من مثل بعبده عتق عليه ولم أره من وجه صحيح والله أعلم وروى سلامة بن روح بن زنباع عن أبيه عن جده انه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد خصى غلامه فأعتقه النبي صلى الله عليه وسلم بالمثلة ومن جهة المعنى قال القاضي أبو محمد يعتق عليه جراح عن معاودة مثله كالقاتل عمداً يمنع الميراث (فرع) ومن أبق عبده فوسم في وجهه أو وجهته كتب فيه أبق يريد بنار فقد قال أشهب وابن وهب وأصبخ يعتق عليه قال أصبخ فأملو فعل ذلك في ذراعيه أو باطن جسده فانه لا يعتق عليه ومعنى ذلك لما في الوجه من التشويه البين وأما في الذراع أو باطن الجسد فهو حرق قليل وليس فيه شين فاحش فافتى قال ذلك وأما لو وسمه في وجهه بمدا أو ابرة على ما يفعله الناس فقد قال عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب يعتق عليه قال أشهب لا يعتق عليه وجهه قول ابن وهب ما فيه من المثلة والتشويه وتغيير الخلقة الظاهرة ووجه قول أشهب انه انما يفعله الناس على وجه الجمل مع ما فيه من قلة الألم وقلة الشين وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأصبخ من وسم وجه عبده عمداً عتق عليه ولم يفرق بين نار وغيرها (مسألة) ومن قطع

* وحدثني مالك انه بلغه
أن عمر بن الخطاب أخته
وليدة قد ضرب بها سيدها
بناراً وأصابها بها فاعتقها

من عبده عضوا اليد أو الرجل فقد روى أشهب عن مالك من عمه لقطع أئمة أو طرف أذن أو أرنبة أو قطع بعض الجسد فإنه يعتق عليه ويعاقب قال أشهب ويسجن وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ من قطع طرف أئمة عبده أو قطع ظفره أو شرف أذنه أعتق عليه ووجه هذا كله أنه أتى على وجه العمدة ما فيه نقص من الخلقة وشين فيعتق عليه (فرع) وهذا فيما بين من الأعضاء كاليد والرجل والأصبع قال ابن اسعون عن أبيه وأما ما يعود من الجراح فليس بمثلة وهذا القول والله أعلم فيما عاده على غير شين وأما ما عاده على شين فاحش فقد تقدم فيه القول في حرق النار وأما قطع العضو فهو شين في نفسه فلا يحتاج من الشين إلى أكثر من ذلك والله أعلم (مسألة) وأما قلع الأسنان فقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك أنه مثله توجب العتق وكذلك قال ابن القاسم في جل الأسنان وأما الضرس الواحدة فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن قلع ضرسه أو سنه عتق عليه وقال أصبغ لا يرى ذلك إلا في جل الأسنان أو الأضراس وأما السن الواحدة أو الضرس الواحدة فلا وجه قول ابن الماجشون أن السن الواحدة بعض عضو كالأئمة ووجه قول أصبغ أن السن الواحدة ليس فيها شين ظاهر ولا نقص عضو وإنما هو عظم عار (فرع) ومن سهل أسنان عبده فقد روى عن مالك أنه يعتق عليه ما في ذلك من نقص الأعضاء لأن سهل الأسنان هو أن يبردها حتى يذهبها وأما أن سهل سنا واحدة في الموازية عن عيسى بن دينار أنه يعتق عليه وقال أصبغ لا يعتق عليه في السن الواحدة وشأنها خفيف وعلى قول عيسى هذا من قلع له سنا واحدة يعتق عليه (مسألة) وأما حلق الرأس واللحية فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن مالك في حلق الرأس واللحية ليس ذلك بمثلة في عبده ولا أمة قال ابن المواز عن ابن وهب يؤدب من فعل ذلك بعبده أو حلق رأس جاريته على وجه الغضب * قال مالك من رواية ابن الماجشون إلا أن يكون العبد التاجر النبيل الوجه اللاحق بالحرار في هيئة يخلق سيده لحية والأمة الفارسة الرفيعة يخلق سيدها رأسها فانها مثله ووجه ذلك أن هذا شعر وليس في إزالة ألم وإنما هو جال فاذا كان العبد الوغد والأمة التي لا خطر لها فليس ذلك بمثلة في حقها لصعها وأما العبد النبيل الذي قد عظم قدره أو الجارية التي لها قدر رفيع لا تصلح للامتنان فإن ذلك مثله في حقها فمن بلغه منها عتقا عليه (مسألة) ومن عض جسد جاريته فقد قال مالك في امرأة عضت لحم جاريته وأثرت بذلك أثر شديد أتباع عليها قال أشهب ولو عضها لم تعتق ما لم يقطع بذلك شيئا من جسدها أو يبين منه ووجه ذلك أن هذا ليس فيه شين ولا قطع عضو فلا يعتق بذلك ولما كان فيه من الألم الشديد والتعذيب يبعث عليه لازالة الضرر عنها قال أشهب وذلك لمن تتابع منه فإن كانت هذه منه فلتة فانها لا تتابع عليه (مسألة) وأما الجلد السرف فقد قال أصبغ ليس فيه مثله وفي العتبية من سباع أبي زيد عن ابن القاسم فممن ضرب عبده فانهم كونه لا يعتق عليه إلا أن يبلغ منه ما يكون مثله شديدة مثل ذهاب لحمه أو بماتت كل لحمه لذلك وبقي جلده على عظم فيعتق عليه وروى ابن المواز عن أصبغ ومثل أن يحد ويؤدب من ضربه وتبلغ الزمانة الظاهرة والباطنة قال ابن القاسم ويعاقب عتق عليه أو لم يعتق (مسألة) ومن حلف ليضرب بن عبده مائة سوط فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قدا ساء ويترك وإياه فإن ضربه ولو كانت أمة حاملا فقد قال ابن الماجشون يمنع السلطان من ضربها وهي حامل فإن ضربها بر في يمينه وأثم عند ربه وإن حلف على أكثر من مائة مما فيه عطل عجل عتقه وقال أصبغ أرى المائة مما فيه العطل فليعجل

عنتقه ووجه القول الاول ان هذا احد ولو كان يخاف منه الهلاك لما حصد به من يراد استبقاء حياته
فلذلك ممكن من ضربه وانما يمنع من الضرب الذي يخاف عليه منه ووجه القول الثاني ما احتج به
أصبح انه قدر يخاف عليه منه العطب فلا يمكن من ضربه وليعجل عنتقه
(فصل) ومن أعتق على سيده بالمثلثة فقهدروى ابن المواز عن ابن القاسم لا يعتق الاب بالحكم وقال
أشهب بالمثلثة يصير حرا وان مات السيد قبل ان يعلم به فهو من رأس ماله وقال ابن عبد الحكم أما المثلثة
المشهوره لا شك فيها فهو حر بنفس المثلثة وأما ما يشك فيه فلا يعتق الاب بحكم كالا يلاء البين فأجله من
وقت النجس وأما ما يدخل عليه بسبب فن يوم الحكم قال القاضي أبو محمد وجه الرأية الأولى أنه فعل
يستحق به العتق الى حكم كتبعض العتق ووجه الرأية الثانية انه معنى يوجب عتق عبدا معين
فوجب أن يقع العتق بوجوده أصل ذلك شراء من يعتق عليه فيحتمل أن تكون الوليدة التي
أعتقها عمر بن الخطاب تعد سيدها ضرها بانرا أثرت في جسدها شيئا فاحشا فحكم بحريتها
ويحتمل أن يكون أخبر بوقوع العتق عليها حين الضرب وحكم باخراجها عن يده وتمليكها أمرها
والله أعلم وأحكم (مسألة) ومن مثل بعبد أو امرأته فادعى الخطأ وأدعى العبد والمرأة العمد قال
سحنون في العتبية القول قول العبد والمرأة قال ثم رجع فقال القول قول الزوج والسيد حتى يظهر
العداء وجه القول الاول انه ضربه عمدا وانما راعى أنه لم يقصد المثلثة ولم يأذن له العبد ولا المرأة في
ذلك الضرب فكان ما تولد منه محمولا على العمد ووجه القول الثاني انه ابتداء عمل مباح فلم يضمن
جنيته الا ان يثبت تعمده كالطبيب (مسألة) وأما من مثل الذي بعبد النصراني في كتاب
ابن سحنون قال أشهب يعتق عليه بالمثلثة ولو كان معاهدا حريا لم يعتق عليه وقال ابن القاسم لا يعتق
على الذي الا ان يثبت به بعد ان أسلم العبد وقاله سحنون في العتبية ووجه قول أشهب انه تزمه أحكام
الاسلام في التنظيم كالمسلم ووجه قول ابن القاسم انه حكم يختلف باختلاف الشرائع فوجب أن
يحمى اوافيه على شريعتهم وان كان العبد مسلما غلب حكم الاسلام (مسألة) واذا مثل السفينة بعبد
فقهدروى ابن المواز عن أصبح قال ابن القاسم يعتق عليه وبه قال ابن وهب وأشهب ثم رجع ابن
القاسم فقال لا يعتق عليه وكذلك روى عنه يحيى بن يحيى في العتبية وابن حبيب في الواضحة وجه
القول الاول انه فعل يثبت به الحكم فكان حكم السفينة فيه حكم المالك لأمره بالاستيلاء ووجه
القول الثاني ما احتج به ابن القاسم ان كل من لا يجوز عنتقه فلا يعتق عليه بالمثلثة كالصغير ومن يجوز
عنتقه فهذا الذي يعتق عليه بالمثلثة (مسألة) واذا مثلت ذات الزوج بعبد فقد قال ابن وهب في
العتبية يعتق رضى الزوج أو كره وقال سحنون لا يعتق اذا كان أكثر من الثلث رواه عن ابن
القاسم وكذلك اختلفوا في المديان والعبد فقال أشهب يعتق على العبد والحري يحيط الدين بماله بالمثلثة
ورجع ابن القاسم الى انه لا يعتق بالمثلثة على العبد ولا على المديان ولا على السفينة وروى يحيى بن
يحيى عن ابن القاسم في المريض يمثل بعبد انه يعتق عليه في ثلثه فان صح في رأس ماله وأصله
ما تقدم (فرع) اذا قلنا ان السفينة ان مثل بعبد يعتق عليه فقهدروى العتبي عن ابن وهب يعتق
عليه بالمثلثة ولا يتبعه ماله وروى ابن المواز عنه يتبعه ماله وجه القول الأول أنه إنما أعتق عليه
بالمثلثة وذلك لا يتعدى الى ماله ووجه القول الثاني انه عتق لم يستثن فيه المال فتبع العبد كالعتق
المبتدئ يقع ممن يتبدى حرته (مسألة) ومن مثل بعبد من له حق في ماله في الموازية للمالك
من مثل بعبد لعبد أو لأم ولده أعتق عليه ومن مثل بعبد ابنه الصغير أعتق عليه وغرم القبة ومن

مثل بعبدل زوجته غرم مانقصه إلا أن تكون مثله مفسدة فإنه يعتق ويوفى القية كعبد الأجنبي
ص قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا أنه لا تجوز عتاقه رجل وعليه دين يحيط بماله وأنه
لا تجوز عتاقه الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز عتاقه المولى عليه في ماله وإن بلغ الحلم
حتى يلى ماله ش وهذا كما قال ابن من أحاط الدين بماله فإنه لا يتبدى عتق عبده فإن فعل ذلك
وأعتق عبده فإن للغرماء رد ذلك بحكم حاكم وليس لهم رده دون الإمام فإن ردوه وباعوه في الموازية
يرد الإمام بيعهم ويعتقهم ومعنى ذلك أنه يردهم إلى الحالة التي كانوا عليها ثم ينظر في أمرهم فإن كان
متصل بعدم ردعتقهم ووجه ذلك أنه حكم بين الغرماء والعبد فليس له امضاؤه والنظر فيه وإنما
يضميه دونهم (مسئلة) وإن أمسك الغرماء عن القيام في ذلك بعد العتق قال ابن عبد الحكم
إن قام الغرماء بعد ثلاث سنين أو أربع وهو في البلد وقالوا لم نعلم فذلك لهم كانوا رجالاً ونساء حتى
تقوم بينة منهم علموا وأما في أكثر من أربع سنين فلا يقبل منهم وقال مالك في الموازية استحسب
أنه إذا طال الزمان حتى يوارث الأثرار وجزت شهادته ونحوه قال ابن القاسم يريد أن يشهر
بالحرية ويثبت له أحكامها بالموارثة وقبول الشهادة ولم يمنع من ذلك الغرماء فإن ذلك محمول على
الرضا بعتقه وقال أصبغ إن ذلك إنما هو في التطاول الذي لعله أثبت على السيد فيه أوقات يسر ولو
تيقن بشهادة قاطعة أنه لم يزل عدياً متصل بعدم مع غيبة الغرماء ومن غير علمهم فإنه يرد عتقه ولو ولد
له سبعون ولداً (فرع) ولو قال الغريم في ثلاث سنين وأربع علمت بعتقه ولم أنكره لما اعتقدت
أن الدين لا يحيط بماله فقد قال ابن عبد الحكم لا ينفعه ذلك وينفذ عتقه وقال أصبغ عن ابن وهب
لا يرد الدين هذا الغريم فإن كان معه غريم غير رد ذلك الغريم ودخل معه هذا قال أصبغ بل يرد
لهذا الغريم وإن كان وحده (مسئلة) وإن أيسر المعتق ثم قام عليه الغرماء وقد أسر فقد قال
مالك لا يرد عتقه ولو رد الإمام عتقه ثم أيسر السيد قبل بيعه لعنق رواه ابن القاسم وأشهب عن
مالك في كتاب ابن سحنون قال وليس رد السلطان برد حتى يباع مالم يقسم بين الغرماء أو لم يمت
ذلك وقال ابن نافع لأعرف هذه الرواية والذي أعرف أن رد السلطان رد للعنق وإن لم يبيع في
الدين فلا يعتق بعد ذلك وإن أفاد مالا وجه الرواية الأولى أن رد السلطان ليس بحكم وإنما هو توقيف
ونظر ولو ماتوا السكا من السيد فإذا طرأ له مال بعد ذلك لم يبطل نظره وتوقيفه العتق ووجه قول
ابن نافع أن حكم السلطان في ذلك حكم برد العتق وأثبت الملك ويلزم على هذا أن يكونوا من ضمان
الغرماء لأن العتق لهم رد (فرع) فإذا قلنا برواية ابن القاسم فرد السلطان عتق الرقيق فليس
للسيد الوطء وله استخدامهم فإن أفاده مثل دينه عتقوا وإن أفاد أقل من ذلك فإن كان العتق في كلمة
يبيع منهم مابق بالخصص وإن أعتقهم واحد بعد واحد يبيع الآخر وأعتق من بقي كمن أعتق وله وفاة
ببعض دينه قاله ابن القاسم (مسئلة) ولو قال عبدي يخدم فلان سنة ثم هو لفلان فقد روى
عيسى عن ابن القاسم ليس للغرماء رده حتى تنقضي السنة ويخلص الثاني بتلاخيئته يكون
للغرماء رده وأجازته وهذا يقتضي أن منافعه لا اعتراض للغرماء فيها ولا تتعلق حقوقهم بها وإنما
تتعلق برقبته

قال مالك الأمر المجمع عليه
عندنا أنه لا تجوز عتاقه
رجل وعليه دين يحيط
بماله وأنه لا تجوز عتاقه
الغلام حتى يحتلم أو يبلغ
مبلغ المحتلم وأنه لا تجوز
عتاقه المولى عليه في ماله
وإن بلغ الحلم حتى يلى ماله

(فصل) وقوله ولا تجوز عتاقه الغلام حتى يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يريد أن الصغير الذي لم يبلغ سن
الاحتلام لا ينفذ عتقه لعبده ولو أجاز له المولى ووجه ذلك أنه غير مكلف كالمجنون
(فصل) وقوله يحتلم أو يبلغ مبلغ المحتلم يجوز أن يكون على وجه الشك من الراوى ويحتمل أن يريد

﴿ مايجوز من العتق ﴾

في الرقاب الواجبة *

* حدثني مالك عن هلال
ابن أسامة عن عطاء بن
يسار عن عمر بن الحكم
أنه قال أتيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقلت
يا رسول الله ان جارية
لى كانت تمرى غنما لى
فجثتها وقد فقدت شاه من
الغنم فسالنها عنها فقالت
أكلها الذئب فأسفت
عليها وكنت من بنى آدم
فلطمت وجهها وعلى رقبة
أفأعتقها فقال لها رسول
الله صلى الله عليه وسلم
أين الله فقالت فى السماء
فقال من أنا فقالت أنت
رسول الله فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم
أعتقها * وحدثني مالك
عن ابن شهاب عن عبد
الله بن عبد الله بن عتبة
ابن مسعود أن رجلا من
الأنصار جاء الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم
بجارية له سوداء فقال
يا رسول الله ان على رقبة
مؤمنة فان كنت تراها
مؤمنة أعتقها فقال لها
رسول الله صلى الله
عليه وسلم أتشهدين
أن لا اله الا الله فقالت نعم
قال أتشهدين أن محمدا
رسول الله قالت نعم قال
أتوقنين بالبعث بعد الموت
قالت نعم فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم أعتقها

أن يكون به علامات الاحتلام موجودة وهي الانبات أو السن وذلك أن الحكم إذا كان بين الصبي وغيره من الآدميين ووجدت به علامات البلوغ حكم له بحكم الرجال البالغين وذلك أن يوجد قد أثبت (فصل) وقوله ولا تجوز عتاقه المولى عليه في ماله وإن بلغ الحلم يريد أن السفينة لا يجوز عتقه لاسيما إذا كان مولى عليه ممنوعاً من التصرف في ماله لأن ذلك حكم بحد أفعاله وأما أن كان غير مولى ففي العتية والموازاة عن مالك في السفينة يلي ماله أنه يجوز عتقه وروى زياد عن مالك أن البين سفينة أفعاله جائزة حتى يحجر عليه وهذا قول أصحاب مالك إلا ابن القاسم فإنه قال في الذي سفينة بين يحجر على مثله لا يجوز أمره وجه قول مالك بأنه غير محجور عليه فجازت أفعاله كالرشد وذلك أن عدم الحجر حكم باطلاً وجه قول ابن القاسم ما احتج به أن ماله مال من يحجر عليه وإنما أخطأ الحكم في ترك الحجر عليه وذلك لا يبيح ماله (مسئلة) فإذا قلنا إن عتق المولى عليه غير جائز فقد قال مالك في الموازية أنه لا يجوز عتقه وإن أجاز له وليه وجه ذلك أنه ليس لوليّه اتلاف ماله فإذا رشد فقدر في العتية عيسى عن ابن القاسم له ردّه إذا رشد كالصبي وقال ابن القاسم إذا لم يرد عتقه حتى رشد والعبد في يده لم يلزمه عتقه وإن كان زال عن يده وولى نفسه فتركه وأمضى عتقه فذلك يلزمه إذا مضى بعد رشد (مسئلة) وأما عتق السفينة أم ولده فقدر في الموازية أجمع مالك وأصحابه أن عتق السفينة لأم ولده لازم جائز وروى ابن سحنون عن أبيه عن المغيرة وابن نافع أن عتقه أم ولده لا يجوز بخلاف طلاقه وجه القول الأول أنه ليس له فيها إلا الاستمتاع فجازت إزالته كالطلاق وجه القول الثاني أنه عتق فلم يصح منه كعتق عبده (فرع) فإذا قلنا يلزمه العتق فيها فهل يتبعها مالها قال ابن القاسم ولا يتبعها مالها إلا التافه قال سحنون كان تافهاً أو غير تافه وفي العتية والموازاة لأشهب عن مالك يتبعها مالها إن لم يستثنه وجه القول الأول أنه سفينة فلا سبيل له إلى إزالته ملكه عن ماله بالقول بغير عوض وجه القول الثاني أن المال تبع لإزالة ملكه من الرقبة فإذا صح إزالته ملكه عن العين تبعها المال كما لو طلق ويبقى المهر للزوجة ولأن المال إنما كان لأم الولد ولم ينزعه بالعتق

﴿ ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة ﴾

ص * مالك عن هلال بن أسامة عن عطاء بن يسار عن عمر بن الحكم أنه قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان جارية لي كانت ترعى غنما لي ففجتها وقد فقدت شاة من الغنم ففسألتها عنها فقالت أكلها الذئب فأسفت عليها وكنيت من بني آدم فلطمت وجهها وعلى رقبة أفاقتها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الله فقالت في السماء فقال من أنا فقالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * مالك عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود أن رجلا من الأنصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بجارية له سوداء فقال يا رسول الله ان على رقبة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة أعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتشهادين أن لا اله الا الله فقالت نعم قال أتشهادين أن محمدا رسول الله قالت نعم قال أتوقنين بالبعث بعد الموت قالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها * ش قال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الأعشى فأسفت عليها يريد غضبت عليها قال عيسى في قوله تعالى فلما آسفونا انتقمنا منهم معناه أغضبونا وقوله وكنيت من بني آدم يعني انه يدركه من الغضب ما يدركهم وقوله

فلطمت وجهها وعلی رقة یحتمل أن یرید أن علیه رقة بلطمه ایها ان كان قد شیع وجهها و یحتمل أن یرید أن علیه رقة من معنی آخر كفارة أو غیرها فأراد أن یخصها بالعق في ذلك لما قد نالها من اذلالها وسؤال النبی صلی الله علیه وسلم لها عن معانی الايمان یقتضی ان الرقة كانت واجبة علیه من كفارة یشرط فیها الايمان لان العتق للتمثیل لا یعتبر فیہ الايمان

(فصل) وقوله للجارية أين الله فقالت في السماء لعلها تری وصفه بالعلو وبذلك یوصف كل من شأنه العلو فیقال مكان فلان في السماء بمعنى علو حاله و رفعة و شرفه

(فصل) وقوله صلی الله علیه وسلم لها من أناف قالت رسول الله یقتضی أن الايمان لا یتبع بعض ولا یصح الايمان بالله مع الکفر بمحمد صلی الله علیه وسلم وقوله صلی الله علیه وسلم اعتقه یاقتضی ان الايمان یحصل بالاقرار بذلك والاعتقاد وان لم یقرن بذلك نظر ولا استدلال * قال القاضي أبو جعفر وفي الحديث الثانی ان السائل قال ان علی رقة مؤمنة فان كنت تراها مؤمنة اعتقها فساء لها النبی صلی الله علیه وسلم أن شهیدین أن لا اله الا الله قالت نعم قال أفن شهیدین أن محمد رسول الله أفن قوفین بالبعث بعد الموت فاما قالت نعم قال اعتقها وذلك یقتضی انه حکم بكونها مؤمنة دون أن یسألها عن نظر واستدلال وكذلك كل من أتى لیؤمن أخذنا علیه الشهادتين فاذا أقر بها حکمنا بايمانه ولم نسأله عن نظره واستدلاله وان كنا نأمره بذلك ونحضه علیه بعد ايمانه وترجم مالك على هذين الحديثین بما یجوز من العتق في الرقاب الواجبة فاقضى ذلك تأويله في العتق المذكور في الحديث انه عتق واجب وانه غیر معین وقد تقدم وصفنا لما یجزی من ذلك بما لا یجزی في كتاب الايمان والنذور والله الموفق للصواب ص * مالك أنه بلغه عن المقبری أنه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون علیه رقة هل یعق فیها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك یجزی عنه * مالك أنه بلغه عن فضالة بن عبيد الأنصاری وكان من أصحاب رسول الله صلی الله علیه وسلم انه سئل عن الرجل تكون علیه رقة هل یجوز له أن یعق ولد زنا قال نعم ذلك یجزی عنه * ش قوله ولد الزنا یجزی عتقه عن الرقاب الواجبة یرید أن من وجب علیه عتق رقة لكفارة أو نذر أو غیر ذلك فانه یجزئیه أن یعق في ذلك ولد زنا لان ذلك النقص لا یختص به وانما یختص بنسبه وذلك غیر مؤثر في العتق كما لو كان أبواه مجوسین وقال زید بن أسلم هو خیر الثلاثة لم یعمل سوا قال الله تبارک وتعالی ولا تزر وازرة وزر أخرى وقال ربیعة انی أجد في الاسلام شأنه تاما وقد روى في العتية أشهب عن مالك أحب الی أن لا یعق ولد الزنا في الرقاب الواجبة والله أعلم وأحكم

✽ ما لا یجوز من العتق في الرقاب الواجبة ✽

ص * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقة الواجبة هل تشتري بشرط فقال لا * قال مالك وذلك أحسن ما سمعت في الرقاب الواجبة انه لا یشتريها الذي یعقها فیا وجب علیه بشرط علی أن یعقها لانه اذا فعل ذلك فلیست برقة تامة لانه یضع من ثمنها الذي یشرط من عتقها * ش وهذا علی ما قال ان من كانت علیه رقة واجبة عن كفارة أو نذر لانه لا یجزئیه أن یشتريها بشرط العتق لما احتج به لانه یحط عنه من ثمنها لما شرط علیه من عتقها فلم یعق رقة تامة ووجه آخر ان العتق لا یوقعه وحده بل یوقعه معه من شرط علیه وروی عن عیسی في المدينة سألت ابن القاسم عن اشتري رقة بشرط العتق عن واجب أریت ان أعتقها فقال ان كان المبتاع عالما بأن ذلك لا ینبغی فعليه

* وحديثي مالك انه بلغه عن المقبری انه قال سئل أبو هريرة عن الرجل تكون علیه رقة هل یعق فیها ابن زنا فقال أبو هريرة نعم ذلك یجزی عنه * وحديثي مالك انه بلغه عن فضالة بن عبيد الأنصاری وكان من أصحاب رسول الله صلی الله علیه وسلم انه سئل عن الرجل تكون علیه رقة هل یجوز له أن یعق ولد زنا قال نعم ذلك یجزی عنه

✽ ما لا یجوز من العتق في الرقاب الواجبة ✽ * حديثي ينجي عن مالك انه بلغه أن عبد الله بن عمر سئل عن الرقة الواجبة هل تشتري بشرط فقال لا قال مالك وذلك أحسن ما سمعت في الرقاب الواجبة انه لا یشتريها الذي یعقها فیا وجب علیه بشرط علی أن یعقها لأنه اذا فعل ذلك فلیست برقة تامة لأنه یضع من ثمنها الذي یشرط من عتقها

عتق رقبة أخرى وإن كان جاهلا لا علم له نظره فإن كان اشتراها بقبضتها دون نقص فلا شيء عليه وإن كان
وضعه من الثمن شيء لم يجزه وعليه رقبة أخرى لأنه لم يعتق رقبة تامة قال عيسى وبلغني عن ابن كنانة
أنه قال إن كان جاهلا لم يؤمر بالعادة وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع لا يجزئه وجه قول ابن القاسم
مراجعة الخلاف وأنه من اعتقد في ذلك ما يعتقده من أنه لا تجزئ ففعل ذلك فقد دخل على أنها
لا تجزئه ومن كان يعتقد أجزاء ذلك فهو قول قوم من أهل العلم لم ينكر عليه ما اعتقده ووجه قول
ابن نافع أن الحكم في الأمور الدينية العامة إنما تجرى على قول المفتي والخاكم فيلزم ذلك سائر الناس
بالتقوى إن استفتوه وبالحكم بذلك إذا كان مما يفتقر إلى حكم حاكم وقد روى ابن المواز عن
مالك أنه اختلف قوله فممن اشترى رقبة بشرط العتق عن واجب أو غير واجب فقال مرة يعتق عليه
وإن كرهه قال أبو محمد يريد ولا تجزئه عن الواجب إذا اشتراه بشرط العتق قال محمد ثم رجع مالك
فقال لا يعتق عليه إلا أن يشتره على إيجاب العتق وقاله ابن القاسم قال محمد والإيجاب على أنه حر لا على
أن يعتقه فوجه القول الأول أنه عقد بيع قد انعقد على شرط جائز على وجه اللزوم فوجب أن يلزمه كما
لو شرط زيادة في الثمن أو عملا ولأن المشتري ملك العبد بهذا الشرط وعلى هذا الوجه فليس له
الانتقال إلى غيره ووجه القول الثاني أن الشراء قد وقع على وجه تقرر الملك وثبوته ثم يستأنف بعد
ذلك العتق ووجوب العتق ينافي تقرر الملك فلذلك كان له الامسك عن العتق ولأن البائع علق
العتق بعمل المشتري ولم يشترط وقوعه بنفس الملك فاقضى ذلك أن يكون موقوفا على اختيار
المشتري ومختصا بيقاعه دون إيقاع غيره (فرع) وإذا قلنا إن للمشتري الامتناع من عتقه فلا
يخلو أن يقوم عليه البائع أو يمسك عنه فإن قام عليه فإن له أن يطلبه بالعتق أو أورد قاله ابن عبد الحكم
عن مالك ووجه ذلك أنه لما شرط شرطاً جائزاً كان له أن يطلب به فاما أن يوفيه إياه واما أن يتراदा
البيع (فرع) وهذا إذا كان العبد بعينه وقام الغرماء بقرب البيع فإن أدركه عيب وذلك بقرب
البيع بأيام يسيرة فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك للبائع أن يأخذ به عيبه أو يترك شرطه وقال
ابن القاسم إن مات بقرب البيع فإن أدركه عيب أو دخله عيب مفسد فلا شيء على المبتاع واما إن
مضى للبيع شهر فقد روى ابن عبد الحكم عن مالك على المبتاع قيمته يوم البيع بلا شرط إن لم يكن
للبائع علم بترك المبتاع العتق ومثله قال ابن القاسم في وجوب القيمة لمضى الشهر ووجه ذلك أنه
لما كان للمشتري أن ينفذ العتق أو يمسك عنه وكان للبائع المطالبة بالعتق أو تسويغ التارك فكان
البيع وقع على الخيار من هذا الوجه فأصابه في مدة الخيار المطالبة فهو من البائع إن اختار الرجوع
العبد والبائع على خياره في امضاء البيع أو ردّه فإن مضت مدة لا يصح فيها الخيار في الرقيق فإن علم
البائع بترك المبتاع العتق ولم يعترض منه المدة فقد لزمه البيع وبطل شرطه من العتق ولا شيء له من
زيادة القيمة ولا يلزم المبتاع عتقه قال ابن القاسم فإن لم يعلم فهو على شرطه ولمقات الرجوع العبد
بما دخله من العيب فعلى المبتاع قيمته دون شرط لما تعدى به من منع العتق وهذا ما كانت القيمة
أكثر من الثمن فإن كانت أقل من الثمن فلا رجوع على البائع لأن المشتري قد رضى بذلك الثمن
بالشرط فلا يحط عنه وقد سقط الشرط (فرع) وإذا فات العبد عند المشتري ولزمته قيمته لعيب
حدث به بعد شهر أو طول زمان فأعتقه حينئذ المشتري عن ظهار أو عتق واجب أجزأه إن كان
العيب الذي حدث به لا يمنع الأجزاء والطول المعتبر في ذلك السنة والسنة ونصف والسنتين أبين
فاذا أعتقه بعد ذلك المشتري لزمته قيمته دون شرط العتق وأجزأه ووجه ذلك أن التغيير الظاهر

في الشهر أو طول المقام دون عيب يقتضى فوات العبد عند المشتري فإذا كان البائع لم يعلم بترك العتق لزم المشتري قيمته دون شرط وتقرر ملكه عليه سالما من الشرط فإذا أعتقه حينئذ عن ظهار أو أمر واجب أجزاء (مسئلة) ومن أوصى بشراء عبد بعينه ليعتق فليشتر على بيع البراءة ولا يشتر بعده الثلاث رواه ابن القاسم عن مالك في العتية ووجه ذلك أن العتية انما هي ليعلم سلامته من عيب لا يمنع وجوده صحة عتقه عن ظهار ولا غيره فلم يتجع اليها في يشترى للعتق وقد قال مالك فيمن أوصى بعتق عبد معين فرض العبد مضر ضا شديدا انه يعتق اذا اجتمع المال ولا يؤخر لمرضه والله أعلم وأحكم ص **✽** قال مالك ولا بأس أن يشترى الرقبة في التطوع ويشترط انه يعتقها **✽** ش وهذا على ما قال انه من اشترى رقبة تطوع بشرط العتق أجزاء ذلك لان الرقبة لم تزل معه بعد وانما هو متبرع بعتق ما ملك منها سواء كان ذلك جميعها أو بعضها ومن أمر غيره أن يشترى له رقبة يعتقها لتطوع وقد رله ثمنافزاد المأمور له في ثمنها (١) (مسئلة) والموصى اذا اشترى رقبة التطوع واشترط العتق لم يضمن اذا كان الثمن مبلغ وصيته قاله مالك ص **✽** قال مالك ان أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة أنه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودى ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق الى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودى والمجوسى تطوعا لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاتما نابعدا وما فداء المثلن العتاقة **✽** قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الا رقبة مؤمنة **✽** قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها الا المسلمون ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام **✽** ش وهذا على ما ذكر انه لا يعتق في الرقاب الواجبة يهودى ولا نصراني ولا يعتق الا مؤمن لان الله تعالى قال في كتابه ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فقيدها بالايمان ثم قاس أهل العلم سائر الكفارات على كفارة القتل غير ماروى عن أبي حنيفة أنه أجاز في كفارة الظهار وكفارة الأيمان عتق رقبة غير مؤمنة وقد تقدم ذكره (مسئلة) وأما من يجبر على الاسلام من أهل الكفر فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم ان أعتق عن ظهاره من يجبر على الاسلام قبل أن يسلم أجزاء وقال أشهب لا يجزئه حتى يجيب اليه أو ينفه ونحوه ومن عرف القبلة أحب اليها ومعنى قوله أن لا يقر على الاسلام يريد أهل الأوثان فانه لا يقر في الاسترقاق عنده على دينه وجه قول ابن القاسم انه لما كان لا يقر على دينه ويحمل على الاسلام وكان الغالب من جميعهم الدخول في الاسلام كان له حكم المسلم لانه لا يقر على سواء ووجه قول أشهب انه لما ظهر الرضا بالاسلام والميل اليه فليس له حكم الاسلام لجواز أن يرضى بما يلقي المتمسك بدينه فاذا أظهر الاسلام يريد أظهر الاجابة اليه فانه مسلم وان لم يتلفظ بذلك لان الايمان انما هو التصديق بالقلب قال محمد وهذا أحسن وهو معنى قول مالك في الأعجمى من قصر النفقة يعنى من أسلم أحب اليها ممن صلى وعرف القبلة أو عرف الله سبحانه وأما قبل أن يسلم فلا يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر رب السوءاء أن يعتقها حتى أقربت بالايمان وعرفته وقول محمد وعرفته ليس في ظاهر الحديث ما يدل عليه اقرارها به وانما فيه ما يدل على ذلك (مسئلة) ويجوز عند ابن القاسم عتق الصغير وأبواه كافران اذا كان يريد ادخاله في الاسلام رواه عنه ابن المواز والذي يقتضى مذهبه في المدونة انه لا يجزئه لانه قال لا يصلى عليه حتى يفهم ويجيب الى الاسلام واذا حكمنا له بحكم الاسلام لا اعتقاد سيده ادخاله في الاسلام فيجب أن يصلى عليه ويدفن مع المسلمين وهذا انما يعرف من مذهب ابن الماجشون

* قال مالك ولا بأس أن يشترى الرقبة في التطوع ويشترط أن يعتقها * قال مالك أن أحسن ما سمع في الرقاب الواجبة أنه لا يجوز أن يعتق فيها نصراني ولا يهودي ولا يعتق فيها مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق إلى سنين ولا أعمى ولا بأس أن يعتق النصراني واليهودي والمجوسي تطوعا لأن الله تبارك وتعالى قال في كتابه فاما منا بعد واما فداء فالمن العتاقة * قال مالك فأما الرقاب الواجبة التي ذكر الله في الكتاب فانه لا يعتق فيها الرقبة مؤمنة * قال مالك وكذلك في اطعام المساكين في الكفارات لا ينبغي أن يطعم فيها الا المساكين ولا يطعم فيها أحد على غير دين الاسلام

(فصل) وقوله ولا يعتق فيها مكاتب عتق المكاتب على ضربين أحدهما أن يكتبه ثم يعتقه عن ظهاره والثاني أن يشتري مكاتباً ثم يعتقه عن ظهاره فأما الذي يعتقه بعد مكاتبته فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يجزى في الرقاب الواجبة مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا معتق إلى أجل ولا معتق بعهده ولا يمثل به ولا من يعتق بالقرابة ووجه ذلك أن كل واحد منهم قد تعلق به عتق ليس للسيد رده فليس له صرفه إلى وجه آخر وجب عليه (مسألة) وهذا فيمن كاتبه هو أو دبره فإن كاتبه غيره فاشتره هو ثم أعتقه عن ظهاره فقد روى ابن المواز عن أصبغ لا يجزئه في قول مالك الأول الذي قال يرد عتقه وينقض البيع وبه قال أشهب وفي قوله الآخر يجزئه لأنه جعل عتقه فوتاً ولم يردده قال ابن المواز وهذا أحب إلى قال ابن القاسم وأما عتقه لمكاتبه فلا يجزئه (مسألة) ومن ابتاع مدبراً كذبه البائع تدييره فأعتقه عن واجب أجره قاله ابن القاسم واختاره ابن المواز وقال أشهب لا يجزئه (مسألة) ولا يجوز في الرقاب الواجبة عتق عبد مرنه يمين قاله أصبغ في الموازية ووجه ذلك ما قدمناه من أنه قد لزمه عتق لا يقدر على إزالته عنه لغير هذا الوجه فلم يكن له صرفه إلى غيره وقد قال محمد بن عبد الحكم فيمن قال لله على عتق عبدى مرنه يمين ثم أعتقه عن ظهاره فإنه لا يجزئه عن ظهاره ولا شيء عليه ومعنى ذلك أنه لم يفت لنذره وقد فات بالعتق عن ظهاره والله أعلم (مسألة) ومن اشترى زوجته فأعتقه عن واجب فان لم تكن حامله منه أجزأه وإن كانت حامله منه لم تجزه لأنها صارت بالشراء أم ولد قاله ابن القاسم في العتبية قال محمد وهو قول مالك وأصحابه وقال أشهب لا تكون به أم ولد وتجزئه إن كانت بينة الجل فأتت شك فيها انتظر فإذا وضعته لاق من ستة أشهر من يوم الشراء أجزأته وإن وضعته لا كثر لم تجزئه لأنها بعد الشراء حلت به وقد تقدم توجيه ذلك والله الموفق للصواب برحمته

(فصل) وقوله ولا بأس أن يعتق اليهودي والنصراني والمجوسي تطوعاً يريد ابتداءً من لم يلزمه عتق أولزمه بالنذر عتق لم يشترط فيه الإيمان قال لان الله تعالى يقول فاما من بعد وأما فداء والمن العتاقة وهذا كلام فيه تجوز لانه وإن كانت العتاقة نوعاً من المن الآن اسم العتق أخص بما تقدم الملك عليه واسم المن أخص بما من عليه قبل تقرير الملك وذلك أن أصحابنا قالوا إن الامام في الاسرى مخير بين خمسة أشياء القتل والفداء أو المن أو الاسترقاق أو عقد الذمة

﴿ عتق الحى عن الميت ﴾

ص * مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصارى أن أمه أرادت أن توصى ثم أخرت ذلك إلى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها أن أعتق عنها فقال القاسم إن سعد بن عباد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن أمتى هلكت فهل ينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال توفي عبد الرحمن بن أبي بكر في نوم نام فاعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقاباً كثيرة قال مالك وهذا أحب ما سمعت إلى في ذلك * ش ومعنى ذلك أن العتق على الميت لا خلاف في جوازه فأما عن الحى فقد قال مالك وابن القاسم من أعتق عن رجل في لزمه من واجب بأمرة أو بغير أمرة أجزأه وكذلك أن أطمع عنه أو كساو ذلك كتكفيره عن الميت وقال أشهب لا يجزئه بأمرة ولا بغير أمرة لأن الأمر يمكن كمالاً أو أعطاه على ذلك عوضاً ويصح أن يفرق بينهما بأن الميت

﴿ عتق الحى عن الميت ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصارى أن أمه أرادت أن توصى ثم أخرت ذلك إلى أن تصبح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق فقال عبد الرحمن فقلت للقاسم بن محمد أينفعها أن أعتق عنها فقال القاسم إن سعد بن عباد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن أمتى هلكت فهل ينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم * مالك عن يحيى بن سعيد أنه قال توفي عبد الرحمن بن أبي بكر في نوم نام فاعتقت عنه عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم رقاباً كثيرة * قال مالك وهذا أحب ما سمعت إلى في ذلك

لو اشترى المعتق عنه من يعتق عليه أجزاء ما لم يوص الميث بعنقه عنه بعينه فلا يجزئه ولا يجزىء في الحى أن يشترى ويعتق عنه عن ظهاره من يعتق عليه بالملك (مسئلة) ولو أعطاه عوضا على أن يعتق عنه لم يجزه قاله مالك وابن القاسم ومعنى ذلك أنه من باب الشراء بشرط العتق وقد قال مالك إن اشترى الوصى الرقبة الواجبة بشرط العتق ضمن ولم يجزه (مسئلة) وأما في التطوع فيشترى له من يعتق عاياه في حياته والعتق عنه على ضربين أحدهما ابتداء فمن أعتق عنه من مؤمن أو كافر أو ناقص الخلقة أو كاملها فذلك جائز وأما إن أوصى بذلك فقد قال أشهب إن اشترى الوصى في التطوع نصرانيا ضمن علم بذلك أو لم يعلم ومعنى ذلك أن كفرها عيب فيها فليس له وقد أوصى على الإطلاق الذي يقتضى السلامة أن لا يشترى له معيба (فرع) ومن أعتقه رجل عن غيره في كفارة لزمته فولاؤه

﴿ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها ﴾ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه ﴿ ش قوله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا يقتضى الاعتبار بزيادة الثمن وقد يكون ذلك على وجهين أحدهما أن يزيد في الثمن على القيمة والثاني أن يزيد الثمن لزيادة القيمة فأما زيادة الثمن على القيمة فعندى أنه لا اعتبار به إلا أن يابى أهلها من بيعها إلا بزيادة على قيمتها ويرغب في عتقها لأن الميث أوصى بذلك وألغى يخصها (مسئلة) وأما زيادة الثمن لزيادة قيمتها فيعتبر به على كل حال لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد نص على أن أفضل الرقاب أغلاها ثمنا وقد قال ابن القاسم فحين أوصى أن يعتق خيار رقيقه بدى بأغلاهم ثمنا وهذا إذا كانت الرقبان متساويتين في الاسلام والصلاح فإن كانت احدهما مسلمة والثانية نصرانية وهى أكثرهما ثمنا فقد روى ابن حبيب عن زياد عن مالك أن عتق الكثيره الثمن أفضل وإن كانت نصرانية. وقال أصبغ عتق المسلمة أفضل ولو كانتا مسلمتين واحداهما أصح ديننا وهى أقل ثمنا فالكثيره الثمن أولى وجه قول مالك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتبار غلاء الثمن لأنه هو الذى يخرج المعتق وأما الدين فاما هو ثمى يختص بالرقبة ولذلك قدمنا الكثيره الثمن على الأصح ديننا ووجه قول أصبغ حمله الحديث في غلاء الثمن على التساوى في الاسلام ولا اعتبار بزيادة الصلاح لأنه لا تأثير له في المنع من اجزاء الرقبة الواجبة والكفر تأثير في ذلك وقد روى عن ابن القاسم أن الرقبتين إذا تقاربتا في الأثمان بدأ بالأصلح وروى أصبغ عن ابن عباس أنه سئل عن رقبتين احدهما لقيه أيهما أفضل فقال أغلاهما ثمنا بدينار

﴿ مصير الولاء لمن أعتق ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبته أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية فأعيني فقالت عائشة ان أحب أهلك أن أعدها لهم عددها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

﴿ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا ﴾ ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقاب أيها أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها ﴾ وحدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه أعتق ولد زنا وأمه ﴿ مصير الولاء لمن أعتق ﴾ ﴿ حدثني يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها قالت جاءت بريرة فقالت انى كاتبته أهلى على تسع أواق في كل عام أوقية فأعيني فقالت عائشة ان أحب أهلك أن أعدها لهم عددها ويكون لى ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم ذلك فأبوا عليها فجاءت من عند أهلها ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت لعائشة انى قد عرضت عليهم ذلك

فأبوا على إلا أن يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألهما فأخبرته عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذها واشترط لي ثم قال الولاء فأنما الولاء لمن أعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فإيا بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وأنما الولاء لمن أعتق * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن عائشة أم المؤمنين أرادت أن تشتري جارية تعتقها فقال أهلها نبيي عكها على أن ولأهالنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك فأنما الولاء لمن أعتق * مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن بريرة جاءت تستعين عائشة أم المؤمنين فقالت عائشة إن أحب أهلك إن أصاب لهم ثمنك صبة واحدة وأعتقك فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فقالوا لا إلا أن يكون ولأولك لنا قال يحيى بن سعيد بن عمر أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقها فأنما الولاء لمن أعتق * ش قول بريرة كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية يقتضي أن الكتابة على النجوم جائزة وتكون الكتابة شيئا مقدرا وما يدفع منه في كل عام مقدرا ووقها فأعني دليل على جواز السعي وأخذ صدقات التطوع لتؤدي بها عن نفسها وأما الصدقات الواجبة من الزكوات فإن مالك الكافال أن أعطى منها ما تهم به عتق المكاتب فجائز وغيره أحب إلى وأما أن يعطى منه ما يستعين به على كتابته مع بقاء رقه فلا وليس في قول بريرة فأعني ما يدل على زكاة ولا على غيرها وإنما طلبت العون على الأداء

(فصل) وقول عائشة ان أحب أهل ان أعدها لهم عدتها ويكون لي ولاؤك فقلت يحتمل أن يكون على معنى شراء المكاتب مع تمكنه من الاداء ويحتمل أن يكون بمعنى شرائها العجزها عن الاداء أو رجوعها الى الرق قال ابن مزين لعيسى كيف جاز لعائشة أن تشتري بريرة وهي مكاتبه فقال نحمله على انها عجزت وقاله يحيى بن يحيى عن ابن نافع فأما شراء المكاتب فاختلف فيه قول مالك فقال مرة ان فات بالعق لم يرد وقال مرة يرد وينقض البيع وجه القول الأول ان العتق البتل أقوى من الكتابة ووجه القول الثاني ان العتق انما يرتب على صحة البيع والبيع لا يجوز لان فيه نقضا للكتابة وعقد الكتابة عقد لازم ولا ينتقض الا بالعجز عن الاداء وأما محل اللفظ على العجز عن الاداء فيحتمل أن يعجز عنه فتلوم أهلها عليها لاستبراء حالها فخرجت تسعى في ادائها فاختارت عائشة أن تترك السؤال وترضى بالعجز لتشتريها فتنفذ عتقها فيكون ذلك أرفق وأتم لعتقها لانها ر بما عجزت عما بقي من نجومها بالمكاتبه فيكون ذلك وان أرادت النجم الذي حل باعطاء من عائشة أو غيرهما ر بما ان كانت بقيت النجوم على ما يقتضيه اللفظ مع الاداء بتعجيل عتقها تسع سنين ويكون اذا اشترتها عائشة يكون الولاء لها على ما يقتضيه الشرع أو على ما ظنت انها لا يثبت لها الا بالشرط (فصل) وما ذكرنا ان أهلها أبو الا أن يكون لهم الولاء يحتمل من جهة اللفظ انهم انما أرادوا بيع الكتابة لا بيع الرقبة وذلك ان بيع الكتابة يقتضى بقاء الرقبة والكتابة تقتضى أن يكون الولاء لمن كاتبه ويحتمل أنهم قد أرادوا بيع الرقبة امام بقاء الكتابة واما بعد فسخ الكتابة الا انهم اعتقدوا ان اشتراط الولاء لهم جائز مع ذلك وهذا هو الأظهر من الحديث لما قضى بالولاء لعائشة رضى الله عنها (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم خذنها واشترطى لهم الولاء ظاهره اشتراطه للبائع وقال أبو جعفر

عمره أن عائشة ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتريها وأعتقها فأما الولاء لمن أعتق

ابن النحاس معنى ذلك اشترط على الولاء لنفسك وان لم يعمى عليهم وهذا غير صحيح فان في رواية ابن عمر في هذا الحديث انهم ابوا الا ان يكون لهم الولاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فان الولاء لمن أعتق ثم بين ذلك بقوله ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عز وجل من اشترط شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وذلك يقتضى أنهم وان اشترطوا الولاء لأنفسهم في البيع فان اشترط ذلك لا ينفع ولو اشترطوه مائة مرة فان شرط الله معنى ما أمر به وشرعه أحق وأوثق وانما الولاء لمن اشترط الولاء بالعتق لا بالشرط * وقد روى في المزيعة عيسى عن ابن القاسم في مكاتب باعه أهله من رجل على أن يعتقه ويكون الولاء لمن باعه فقال الولاء لمن أعتقه والشرط باطل وقد قال سحنون في كتاب ابنه انما أمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة بشراء برة ويشترط الولاء للبائع على معنى الخديعة يريدون ولكن بعد الاعلام لهم بوجه الحكم في ذلك مع الشرط قال سحنون اذ لا يحل القول من القلوب محل الحكم كما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال انى لانسى أو انسى لاسن يريد ان الفعل أثبت في النفوس من التعليم بالقول وأنكر قول من قال اشترطى لهم بمعنى عليهم وقال ما علمت من قاله

(فصل) وقوله فانما الولاء لمن أعتق قال سحنون معناه من أعتق عن نفسه لانهم أجمعوا ان الوصية بعتق عن الميت فان الولاء للميت وروى ابن سحنون عن أبيه من أعتق عبده عن غيره فولاؤه للغير وان كره * قال القاضي أبو محمد سواء أعتق عنه باذنه أو بغير اذنه وقال أبو حنيفة والشافعي الولاء للمعتق اذا أعتق عنه بغير اذنه ودليلنا على ما قدمنا من الولاء معنى يورث به على وجه التعصيب فلا يمتنع حصوله لمن حصل له الى اذنه كالنسب ودليل آخر ان الولاء تعصيب ثبت بالاذن فوجب أن يثبت بغير اذن أصل ذلك الرجل يعتق عبده فيثبت ولاؤه لعتقه وان كره هو ذلك (مسألة) ومن هذا الباب عندى من يعتق في الزكاة ان الولاء لجماعة المسلمين دون المعتق لانه لم يعتق عن نفسه وانما أعتق عن غيره فقوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق محمول على عمومه الا انه خص منه المعتق عن غيره وقد روى عنه ان الولاء لمن أعطى الورق وقد يكون في الأغلب معطى الورق من يعتق عنه دون مباشرة العتق وأما العتق في الكفارة فولاؤه للمعتق لانه أعتق عن نفسه (مسألة) ومن أعتق مدبره عن فلان فالولاء للمعتق قاله ابن القاسم في العتبية والموازية قال عنه عيسى ولا أحب ابتداء ذلك ومعنى ذلك ما فيه من اتمام نقل الولاء عن المدبر قال عيسى قيل لابن القاسم فالملكاتب مثله قال ما أشبهه به يريد ان من أعتقه عن غيره فالولاء للمعتق قد ثبت له بعقد الكتابة ولا يقدر أن يفسخ بمال وكذلك لو باعه ممن يعتقه لكان الولاء للسيد وهذا في البيع بشرط العتق لانه لم يسوغه نقض عقد الكتابة وقد قال عنه أصبغ في المدبر يبيعه من غير شرط فيعتقه المبتاع ان الولاء للمبتاع لانه قد سوغه باطلاق البيع للمالك الذي يبطل الولاء فاذا فات رد البيع بالعتق والولاء للمبتاع المعتق (مسألة) ومن أعتق أم ولد عن أجنبي فولاؤه للمعتق وكذلك لو باعها ممن يعتقها قال أصبغ الولاء للبائع والعتق ماض كالمولود أعطاه مالا على العتق وروى عن سحنون العتق باطل وترد الى سيدها أم ولد وجه القول الأول ما أشار اليه من أن يبيعها ممن يعتقها وان كان لفظه لفظ البيع فان معناه أن يعطيه المبتاع مالا على ان يعجل عتقها وذلك جائز فيحصل أمرها على الجائز من المعنى دون المنتزع من اللفظ وجه القول الثاني ان العقد انما يباشر البيع بشرط أن يعتقها المبتاع فاذا بطل البيع بالشرع في أم الولد لم يصح العتق لانه مترتب على ملك المبتاع لما ابتاع (فرع) فاذا

قلنا ينفذ العتق فان المال سائغ للبائع وروى ابن الماجشون الولاء للبائع والعتق ماض ويرد الثمن وجه القول الأول ما تقدم من انه بمنزلة اعطاء المال على تعجيل العتق وذلك جائز ووجه القول الثاني ان العتق لما وقع باذن سيدها نفذ بمنزلة من اذن لرجل في ان يعتق أمته ولما بطل البيع رد ما تعاق به من الثمن لانه انما اخذه على وجه الثمن ص * مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته * ش نهيه عن بيع الولاء وعن هبته أصل ذلك أن ينفرد بالبيع دون الرقبة اذا ثبت بعتق أو بعتق لازم يقتضي العتق فانه لا يجوز نقله عن محله ببيع ولا هبة لان النبي صلى الله عليه وسلم قال انما الولاء لمن أعتق يريد أن الولاء انما ثابت لمن أوقع العتق عن نفسه وقال العلماء ان معناه اذا أوقع عنه العتق غيره ومن ابتاع الولاء بعد ثبوته أو هبته فليس بعتق ولا معتق عنه وأما انتقال الولاء بالمواريث والجدف بن باب ميراث الحقوق بسبب المعتق الموروث لا على أن الولاء ينتقل وانما هو باق كالنسب (مسئلة) اذا ثبت ذلك فن باع ولا معتقه فقد قال الشيخ أبو اسحاق يبطل بيعه ويرد الثمن على المبتاع ولو وهبه لم تمض هبته وكان الولاء له لا للوهوب له قال لان الولاء لا ينتقل كما لا ينتقل النسب قال وقد روى عن بعض الصحابة اجازة هبة الولاء والدليل عليه ما تقدم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم ص * قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلاً أذن لمولاه أن يوالى من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيدته أن يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالى من شاء فتلك الهبة * ش قوله ليس للعبد أن يبتاع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء صحيح لانه بمنزلة أن يعتقه على أن يكون ولاؤهم يد وأولعمر وأولمن يختار العبد وقال صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق وقد قال العلماء معناه أو أعتق عنه وهذا الذي يختار العبد موالاه في المستقبل لم يعتق ولا أعتق عنه ونهى أيضا صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وهبته وما يختار العبد من صرف ولائه الى من شاء اذا لم يكن العتق فلا يخلو أن ينتقل عن المعتق عنه الى من يختاره العبد ببيع أو هبة لانه لم يثبت له ابتداء وكلا الوجهين ممنوع لنهي صلى الله عليه وسلم عنهما وفي الزانية سألت عيسى عما كرمه مالك من أن يبتاع العبد نفسه من سيده على أن يوالى من شاء رأيت ان وقع ذلك أيكون له أن يوالى من شاء قال الولاء للسيد والشرط باطل

* جر العبد الولاء اذا أعتق *

ص * مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالى وقال موالى أمهم بل هم موالينا فاخصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم * ش قوله ان الزبير اشترى عبدا له بنون من امرأة حرة فأعتقه فقضى له عثمان بولائهم قال ابن سحنون عن أبيه قامت السنة عن الصحابة والتابعين وغيرهم ان ولدا المرأة الحرة المعتقة ولاؤه لموالى أمه ما كان أبوه عبدا فاذا عتق حره الى مواليه وان كانت عربية فولأؤه للمسلمين حتى يعتق أبوه فعلى هذا في مسألة الزبير كانت زوجه العبد مولاة فكان ولايتهم لموالى أمهم فلما أعتق الزبير أباهم رأى انه قد جرح ولاهم وصار موالى له قال ابن المواز عن مالك ولو كان عتق العبد قبل موته بساعة يريد ان بنفس العتق يجر الولاء ولا يفتقر الى

* مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته قال مالك في العبد يبتاع نفسه من سيده على أن يوالى من شاء ان ذلك لا يجوز وانما الولاء لمن أعتق ولو أن رجلاً أذن لمولاه أن يوالى من شاء ما جاز ذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الولاء لمن أعتق ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته فاذا جاز لسيدته أن يشترط ذلك له وأن يأذن له أن يوالى من شاء فتلك الهبة

* جر العبد الولاء اذا أعتق *

* حدثني يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالى وقال موالى أمهم بل هم موالينا فاخصموا الى عثمان بن عفان فقضى عثمان للزبير بولائهم

* وحدثني مالك انه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل (٢٨٢) عن عبده ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيدان مات أبوه

وهو عبد لم يعتق فولأؤهم لموالي أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملاءنة من المولى ينسب الى مولى امه فيكونون هم مواليه ان مات ورثوه وان جر جريرة عقلا عنه فان اعترف به أبوه الحق به وصار ولأؤه الى مولى أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الخلد قال مالك وكذلك المرأة الملاءنة من العرب اذا اعترف زوجها الذي لا عنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لأمه لعامة المسلمين مالم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاءنة المولاة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبه فلما ثبت نسبه صار الى عصبته * قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبوالعبد حران الجد أب العبد يعر ولا ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوهما عبدان عتق أبوهما رجعا الى مواليه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للعبد وان العبد كان له ابنان حران فأت أحدهما وأبوه عبد

حكم ولا رضا أحد وقال مالك في العتبية من رواية أشهب ولو كان العبد مريضا ضا شديدا فأعتق غدوة ومات عشية اذا ناله العتق حيا ووجه ذلك ان الولاء يثبت بنفس وجوده سببه بعد ثبوته لغير من يجره اليه كإبن الملاءنة يثبت ولأؤه لموالى أمه ان كانت مولاة فان أقر به بعد ذلك أبوه انتقل الولاء اليه فورثه (مسألة) ولو أن ابن العبد من الحرة اشترى أباه فعتق عليه كان ولأؤه أبيه له يجره الى موالى أمه واه في العتبية أشهب عن مالك قال سحنون وهو قول جميع أصحابنا الا ابن دينار أنه قال هو كالسائبة ولأؤه للمسلمين وجه قول مالك ان الأب لما أعتقه ابنه كان ولأؤه له ولم يثبت له ولأؤه الابن ووجه قول محمد أن الابن لا يجز ولا يثبت ولا الأب لجماعة المسلمين ص مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن عبده ولد من امرأة حرة لمن ولاؤهم فقال سعيدان مات أبوه وهو عبد لم يعتق فولأؤهم لموالى أمهم * قال مالك ومثل ذلك ولد الملاءنة من المولى ينسب الى مولى أمه فيكونون هم مواليه ان مات ورثوه وان جر جريرة عقلا عنه فان اعترف به أبوه الحق به وصار ولأؤه الى مولى أبيه وكان ميراثه لهم وعقله عليهم ويجلد أبوه الخلد * قال مالك وكذلك المرأة الملاءنة من العرب اذا اعترف زوجها الذي لا عنها بولدها صار مثل هذه المنزلة الا أن بقية ميراثه بعد ميراث أمه واخوته لأمه لعامة المسلمين مالم يلحق بأبيه وانما ورث ولد الملاءنة المولاة موالى أمه قبل أن يعترف به أبوه لأنه لم يكن له نسب ولا عصبه فلما ثبت نسبه صار الى عصبته * قال مالك الأمر المجمع عليه عندنا في ولد العبد من امرأة حرة وأبوالعبد حران الجد أب العبد يعر ولا ولد ابنه الاحرار من امرأة حرة يرثهم مادام أبوهما عبدان عتق أبوهما رجعا الى مواليه وان مات وهو عبد كان الميراث والولاء للعبد وان العبد كان له ابنان حران فأت أحدهما وأبوه عبد

جره الجدا أبو الأب والولاء والميراث ش ومعنى ذلك أن الجد يجبر إلى مواليه وولاء ابن ابنه ما كان الأب عبدا قال ابن الموازي مات أوعاش ووجه ذلك أن جبر الولاء معنى يختص بالابوة ولا يشارك في ذلك الأب غير الجد قال سحنون عن ابن الماجشون وكذلك أبو الجدا إذا كان حرا وكان الجد وابنه عبدا بن فانه يجبر إلى مواليه وولاء ابن ابنه حتى يعتق الجد فينتقل الولاء إلى موالي الجد أو حتى يعتق الأب فينتقل الولاء إلى مواليه وان مات الأب عبدا ثبت الولاء لمن جره إليه الجد قال في كتاب ابن الموازي ولا ينقل أحد من القرابات الولاء إلا الأب

(فصل) وقوله وان كان للعبدا بنان حران وأب فبات أحد الابنين جبر الجد والولاء والميراث يربدان الأب مادام عبدا لا يرث ولا يجبر وولاء ولا يحجب من مات من ولده فالجد أبو الأب يجبر وولاء الميث لأن الأب عبدا والعبودية تمنع الميراث وجبر الولاء والأخ لا يجبر وولاء ص قال مالك في الأمة تعتق وهي حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعد ما تضع ان وولاء ما كان في بطنها للذي أعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذي تحمل به أمه بعد العتاق لأن الذي تحمل به أمه بعد العتاق إذا عتق أبوه جبر وولاءه ش وهذا على ما قال ان من أعتق أمته وهي حامل وزوجها حين أعتقها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعد ما تضع ان وولاء الولد يثبت لموالي أمه لا يجبره أبوه إذا عتق قال سحنون عن ابن الماجشون وذلك اذا ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت الأم فان ولدته لستة أشهر فأكثر قال الشيخ أبو محمد يريد وليست بظاهرة الحمل والزوج مرسل عليها فان الأب يجبر وولاءه إلى معتقه ووجه ذلك ان الولد اذا مسه الرق فعتق فان وولاءه قد ثبت لمعتقه لقوله صلى الله عليه وسلم وانما الولاء لمن أعتق ولا ينتقل عنه بجبر أب ولا غيره والذي يعلم به انه قد مسه الرق ان تضعه الأم لأقل من ستة أشهر من يوم عتقت أو تكون يوم عتقت ظاهرة الحمل أو يكون زوجها ممنوعا منها لا يصل إليها فثبت وولاء ما وضعته لسيدها لأن يعلم انها حلت به قبل أن تعتق فقد مسه رقه وعتق بعته فثبت ولاؤه ثبتوا لا ينتقل عنه وانما ينتقل من الولاء ما لم يثبت بالعتق وانما يثبت بجر الأم مثل أن تحمل به بعد أن تعتق فيجبر وولاءه إلى مواليها لأن الأب عبدا لا مدخل له في الولاء فاذا عتق الأب بعد ذلك ذلك جبر وولاء ابنه لأن الولاء ثابت في الجنبتين بالجر وجنبة الأب أقوى في جبر الولاء من جنبة الأم (مسألة) ولو ادعى معتق الأب انها حلت به بعد العتق وقال سيد الأمة انها كانت حاملا يوم العتق فعتق الأب مصدق قال أشهب لأن الظاهر انها ولدت وهي حرة وانما شك في وقت الحمل وذكر في كتاب محمد إلا أن تكون ظاهرة الحمل يوم العتق أو تضعه لأقل من ستة أشهر على ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسألة) ومن تزوج مدبرة غات السيد وقد ولدت أولادا وهي حامل يوم موته فولأؤهم لمن يعتق في ثلثه وان كان زوجها عبدا ثم أعتق لم يجبر وولاءهم إلا ان تحمل بهم بعد موت سيدها قاله أصبغ في الموازية ووجه ما قدمناه والله أعلم وأحكم ص قال مالك في العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان وولاء العبد المعتق لسيده العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذي أعتقه وان عتق ش وهذا على ما قال ان العبد اذا أعتق عبده لم يخل ان يعتقه باذن سيده أو بغير اذنه فاذا أعتقه باذنه ثبت ولاؤه لسيده لأنه هو المعتق ثم ان أعتق العبد بعد ذلك لم يرجع إليه الولاء لأنه قد ثبت لسيده بالعتق فلا ينتقل عنه بجرية العبد المعتق واذا أعتقه بغير اذن سيده ثم علم به السيد فلم يجبر ولم يرد حتى عتق العبد في الموازية ان وولاءه للعبد ووجه ذلك انه لم يوجد فيه من اذن السيد

جر الجد أبو الأب والولاء والميراث ش قال مالك في الأمة تعتق وهي حامل وزوجها مملوك ثم يعتق زوجها قبل أن تضع حملها أو بعد ما تضع ان وولاء ما كان في بطنها للذي أعتق أمه لأن ذلك الولد قد كان أصابه الرق قبل أن تعتق أمه وليس هو بمنزلة الذي تحمل به أمه بعد العتاق لأن الذي تحمل به أمه بعد العتاق اذا عتق أبوه جبر وولاءه ش قال مالك في العبد يستأذن سيده أن يعتق عبدا له فيأذن له سيده ان وولاء العبد المعتق لسيده العبد لا يرجع ولاؤه لسيده الذي أعتقه وان عتق

ما يستحق به ولاءه كماله لم يعلم بالعرق حتى يعتق العبد (مسئلة) وأما عتق المدبر وأم الولد فان
أعتق أحدهم باذن السيد في وقت السيد انتزاع ماله فولا ما أعتق السيد ثم لا يرجع الولاء لمن أعتق
المدبر وأم الولد لأنه اذن في العتق في وقت كان له انتزاع المال كاذنه للعبد وان كان العتق باذن السيد
في وقت لا يجوز للسيد أن ينتزع ماله من مرض السيد فان ولاء ما أعتقه باذن السيد يرجع اليهم
اذا عتقوا وكذلك المعتق الى أجل في قرب الأجل الذي يمنع انتزاع ماله وبما الذي لا يمنع منه قاله
مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وقال عبد الله بن عبد الحكم اختلف في ولاء ما أعتق المدبر
وأم الولد وأحب الى أن يكون للسيد وانما من مرضه لا يرجع اليه وان عتقه لانه كان له أخذ
ماله بسبب صحته ان صح يراد لانه لا يقطع بمنعه من ماله ما يجوز عليه من الصحة وذلك يجعل الولاء
له (مسئلة) وأما من أعتق منهم بغير اذن السيد فلم يعلم به حتى عتقوا فان ولاء ما أعتقه يكون
لهم دون السيدان لم يكن السيد استثنى ماله وان استثنى ماله بطل العتق وروى للسيد قاله كله في
الواضحة مطرف وابن الماجشون ورواه أصبغ عن ابن القاسم (فرع) فاذا قلنا ان ولاء من
أعتق المدبر وأم الولد في مرض السيد لهما دون السيد فان صح السيد من مرضه ذلك قال أصبغ
الولاء لهما ولا يرجع الى السيد وقال محمد حكم ذلك حكم ماله ان انتزعه في مرضه فارتد عليهما وان
صح فهو له فكذلك ولاء ما عتق باذنه مراعى على ما تقدم (مسئلة) وما أعتقه المكاتب ثم عجز
فولاه للسيد ثم ان أعتق المكاتب بكتابة أخرى أو بأى وجه كان لم يرجع اليه الولاء وذلك في
الموازية ووجه ذلك انه أعتق باذن سيده ثم ظهر انه ممن يجوز انتزاع ماله فلا يرجع الولاء اليه وان
عتق كالعبد القن وهذا على قول مطرف وابن الماجشون وابن القاسم في المدبر وأم الولد يعتقان
في مرض سيدهما ثم يعتق السيد والله أعلم

﴿ ميراث الولاء ﴾

ص ﴿ مالک عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد
الرحمن بن الحرث بن هشام عن أبيه انه أخبره ان القاضي بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان
لأم ورجل لعله فهلك أحد الذين لأم وترك مالا ومواليا فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاءه مواليه
ثم هلك الذي ورث المال وولاء الموالي وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبي أحرز
من المال وولاء الموالي وقال أخوه ليس كذلك انما أحرزت المال وأما ولاء الموالي فلا رأيت لو هلك
أخى اليوم ألسنت أرنه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالي ﴿ ش قوله ان
عثمان رضى الله عنه قضى بالولاء لمن هو أحق به يوم الاستحقاق ولا يجزى في ذلك مجرى المال لان
المال يتعجل أمره بموت من يورث عنه وأمر الولاء باق بعد ذلك يعتبر بحال الاستحقاق ولذلك اذا
مات أحد الأخوين الشقيقين ورثه أخوه شقيقه دون الأخ للاب وتعتل أخذ المال ثم لمات الثاني
من الشقيقين ورث بنوه ما انتقل اليه من المال ولم يرثوا الولاء لانه أمر باق بعد فن مات من موالي أول
الشقيقين موتا ورثه أخوه لأبيه دون ولد الشقيقين لانه انما يعتبر في الأحق به من كان أحق بمعتقهم
يوم موت الموالي ولا خلاف ان الأخ للاب أحق بأخيه من ولد أخيه الشقيق يوم مات الموالي والله أعلم
وأحكم وقد قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون الأخ الشقيق أولى بالولاء من الأخ للاب
والأخ للاب أولى من ابن أخ شقيق وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب وعلى هذا قال ابن المواز وابن

﴿ ميراث الولاء ﴾

﴿ حدثني مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام عن أبيه انه أخبره ان القاضي بن هشام هلك وترك بنين له ثلاثة اثنان لأم ورجل لعله فهلك أحد الذين لأم وترك مالا ومواليا فورثه أخوه لأبيه وأمه ماله وولاءه مواليه ثم هلك الذي ورث المال وولاء الموالي وترك ابنه وأخاه لأبيه فقال ابنه قد أحرزت ما كان أبي أحرز من المال وأما ولاء الموالي فلا رأيت لو هلك أخى اليوم ألسنت أرنه أنا فاختصما الى عثمان بن عفان فقضى لأخيه بولاء الموالي

* وحدثني مالك عن
عبد الله بن أبي بكر بن
حزم أنه أخبره أبوه أنه
كان جالسا عند أبان بن
عثمان فاختصم اليه نفر
من جهينة ونفر من بني
الحارث بن الخزرج
وكانت امرأة من جهينة
عند رجل من بني الحارث
ابن الخزرج يقال له
ابراهيم بن كليب فأتت
المرأة وتركت مالا وموالى
فورثها ابنها وزوجها ثم
مات ابنها فقال ورثته لنا
ولاء المولى قد كان ابنها
أحرزه فقال الجهينيون
ليس كذلك انماهم موالى
صاحبتنا فاذا مات ولدها
فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم
فقضى أبان بن عثمان
للجهينيين بولاء المولى
* وحدثني مالك انه بلغه
أن سعيد بن المسيب قال
في رجل هلك وترك
بنين له ثلاثة وترك موالى
اعتقهم هو عتاقه ثم ان
الرجلين من بنيه هلكا
وتركا أولاد فقال سعيد
ابن المسيب يرث المولى
الباقى من الثلاثة فاذا
هلك هو فولده وولد أخويه
في المولى شرع سواء

أحق الناس بولاء موالى أبيه ثم الأب ثم الأخ الشقيق أولادهم ثم الأخ الشقيق أولادهم ثم الأب من الجد وأما الأخ للام وابنه فلاحظ له في الولاء والجد أولى من العم وجه تقديم الأخوة وبني الأخوة على الجد في الولاء بخلاف الميراث ان الميراث انما يورث بالتعصيب المحض دون الفروض والأخوة وبني الأخوة أثبت منهم في التعصيب من الجد لانهم لا يرثون بفرض والجد يورث بالفرض مع انهم أقرب الى الميت من الجد لانهم يدلون بالنسبة والجد يدلي بالأبوة والنسبة أثبت في التعصيب من الأبوة (مسئلة) واذا توفي رجل له عاصبان متساويان في القعدة أحدهما أخ لأم ففي كتاب ابن المواز عن مالك وابن القاسم هما سواء في استحقاق ولأه مواليه وقال أشهب الأخ للام أحق من سائرهم كالأخوين أحدهما شقيق والآخر للاب فالشقيق أولى لزيادة القرابة بالأم وكذلك العم الشقيق مع العم للاب ص * مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم انه أخبره أبوه انه كان جالسا عند أبان بن عثمان فاختصم اليه نفر من جهينة ونفر من بني الحارث بن الخزرج وكانت امرأة من جهينة عند رجل من بني الحارث بن الخزرج يقال له ابراهيم بن كليب فأتت المرأة وتركت مالا وموالى فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولواء المولى قد كان ابنها أحرزه فقال الجهينيون ليس كذلك انماهم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا ولاؤهم ونحن نرثهم فقضى أبان بن عثمان للجهينيين بولاء المولى * مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب قال في رجل هلك وترك بنين له ثلاثة وترك موالى أعققتهم هو عتاقه ثم ان الرجلين من بنيه هلكا وتركا أولاد فقال سعيد بن المسيب يرث المولى الباقي من الثلاثة فاذا هلك هو فولده وولد أخويه في المولى شرع سواء * ش قوله في المرأة الجهينية التي توفيت عن مال وموال فورثها ابنها وزوجها ثم مات ابنها فقال ورثته لنا ولواء المولى قد كان ابنها أحرزه وقال الجهينيون هم موالى صاحبتنا فاذا مات ولدها فلنا الولاء فقضى أبان بن عثمان بولاءهم للجهينيين يريد ما قدمناه من ان الاعتبار في الولاء لمن كان أحق به يوم موت المولى وذلك ان الولاء بمنزلة النسب فأتقدم من ثبوت الولاء انما هو بمنزلة ثبوت النسب فديكون اليوم الرجل أحق بالرجل من جهة النسب ثم ينقل الأمر فيكون غيره أحق به منه عند الميراث وتبعد عنه اليوم ويكون غيره أحق به ثم يكون عند الميراث وكذلك الولاء يعتق الرجل المولى ثم يموت عن أخ وولد فالولد أقرب الى المولى لانه أقرب الى المعتق فان مات الابن عاد القرب والحق للأخ فن مات من المولى بعد موت الولد ورثه الأخ دون ورثته لانه انما ينظر الى استحقاق المال يوم مات الموروث لا يوم استحقاق سببه سواء كان ذلك بنسب أو ولأه وفي الموازية في امرأة ماتت عن ولد ذكر من غير قومها وتركت موالى ثم مات الابن وترك عمه وخاله فالولاء لخاله دون عمه لان الخال عصبة أمه يريد انه أخوها ولما ماتت الأم كان الابن أقرب اليها من أخيها وأحق بميراث موالها وروى عيسى عن ابن القاسم ميراث موالى المرأة لولدها الذكور وعقلهم على قومها واليه ينسبون ولم يثبت له الولاء بموت ولأه من أعقق وانما يثبت له منه انه أحق به الآن من أخيها ولو ملكه ملكه أو لا من أعقق لا ينقل عنه الى غيره فلما مات الابن صار أخوها لذلك أحق من غيره وأما عم الابن فلا مدخل له فيه لأنه لا نسب بينه وبين أم ابن أخيه فينجر اليه ولأه من أعققت وقد قال أشهب في هذه المسئلة وماورث ابنها الولاء الا زحفا يريد انه ليس من قومها ولكنه لما كان الولد أقوى تعصبا والولاء يختص بالتعصيب قسم على قومها فلما مات قدم أقرب قومها اليها (مسئلة) ولو أن عبد الله بن وابنة اشترياه فعتق عليهما ثم أعققت الأب عبدات الأب ثم مات مولاها فميراث الاب بينهما بالنسب وميراث المولى للابن وحده وكذلك لو أعققت الابنة وحدها الأب قاله مالك

﴿ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى ﴾ (٢٨٦) مالك انه سأل ابن شهاب عن السائبة قال

وابن الماجشون وهو في الموازية وكتاب ابن سحنون قالاً لانه لا يورث بالولاء الامع عدم النسب فولد الرجل برث مواليه دون من أعتق أباه ومعنى ذلك ان من أعتق عبداً له ولد حرثم أعتق الأب عبيداً ومات فان الولد يرث الموالى دون من أعتق أباه لان وراثته الابن موالى أبيه وراثته بالنسب ما ثبت بالولاء ووراثته معتق الأب لموالى الأب وراثته بالولاء ما ثبت بالولاء وفي الكتابين ان مما يبين هذا انه لو كان موضع الابنة أجنبي لورث موالى الأب الابن دون الأجنبي لما قدمناه ان الابن يرثهم بالنسب والأجنبي يرثهم بالولاء

﴿ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى ﴾

ص ﴿ مالك انه سأل ابن شهاب عن السائبة فقال يوالى من شاء فان مات ولم يوال أحد فإيراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴾ قال مالك ان أحسن ما سمع في السائبة لا يوالى أحد وان ميراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴿ ش وهذا على ما قال انه قديعتق الرجل عبده سائبة وروى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم أكره عتق السائبة لانه كهبة الولاء قال عيسى عنه أكرهه وأنهى عنه قال أصبغ وسحنون لا تعجبنا كراهته لذلك وهو جائز كما يعتق عن غيره يريد عن معتق (مسئلة) ومن قال لعبده أنت سائبة يريد العتق قال في العتبية أصبغ عن ابن القاسم هو حر وان لم يذكر الحرية ومن أعتق عبده سائبة فغنائه انه أعتقه عن جماعة المسلمين فثبت ولاؤه لهم وبه قال عمرو بن عمرو وابن عباس وبه قال ابن القاسم ومطرف قال ابن حبيب عن ابن نافع وابن الماجشون وولاءه لمعتقه وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع انه قال لا سائبة عندنا اليوم في الاسلام ومن أعتق سائبة فولاه له وجه القول الأول ان الولاء لمن أعتق عنه كما لو أعتقه عن رجل معين ووجه قول ابن نافع ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال وانما الولاء لمن أعتق وهذا معتق ولانه لم يعتق عن معين فكان الولاء له كما لو أطلق العتق ص ﴿ قال مالك في اليهودى والنصرانى يسلم عبداً أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء العبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبداً قال ولكن اذا أعتق اليهودى أو النصرانى عبداً على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودى أو النصرانى الذي أعتقه ثم أسلم الذي أعتقه رجعه اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه ﴾ قال مالك وان كان لليهودى أو النصرانى ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذي أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلماً لم يكن للولد النصرانى أو اليهودى المسلمين من ولاء العبد المسلم شيء لانه ليس لليهودى ولا للنصرانى ولاء فلولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين ﴿ ش قوله في اليهودى والنصرانى يسلم عبداً أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه يقتضى أنه يباع عليه ان لم يخرج عن ملكه ووجه ذلك انه لا يجوز استرقاق كافر مسلماً روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يظلمه وليس حين أنعمه له أعظم من أن يسلمه الى استرقاق الكافر

(فصل) وقوله وان ولاء العبد للمسلمين سواء عبداً على وجه التجوز ومعناه انه كان عبداً وانما هو الآن بعد العتق حر ولو كان عبداً لم يثبت له ولاء لورثته مولاه الكافر بحكم الرق وفي الموازية يرث المسلم عبده النصرانى أو المجوسى بالرق ولو أسلم عبداً المجوسى ثم مات قبل أن يباع عليه ورثه الكافر بالرق قال وكذلك مدبره وأم ولده ووجه ذلك انه ليس على معنى الميراث لانه لو كان على وجه الميراث

يوالى من شاء فان مات ولم يوال أحد فإيراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴾ قال مالك ان أحسن ما سمع في السائبة أنه لا يوالى أحد وان ميراثه للمسلمين وعقله عليهم ﴿ قال مالك في اليهودى والنصرانى يسلم عبداً أحدهما فيعتقه قبل أن يباع عليه ان ولاء للعبد المعتق للمسلمين وان أسلم اليهودى أو النصرانى بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبداً قال ولكن اذا أعتق اليهودى أو النصرانى عبداً على دينهما ثم أسلم المعتق قبل أن يسلم اليهودى أو النصرانى الذي أعتقه ثم أسلم الذي أعتقه رجعه اليه الولاء لانه قد كان ثبت له الولاء يوم أعتقه ﴾ قال مالك وان كان لليهودى أو النصرانى ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودى أو النصرانى اذا أسلم المولى المعتق قبل أن يسلم الذي أعتقه وان كان المعتق حين أعتق مسلماً لم يكن لليهودى ولا للنصرانى ولاء فلولاء العبد المسلم لجماعة المسلمين

لكن أحق ميراثه من يرثه بالسب والرق ينال التوارث ولكنه يستحق ماله بسبب ملكه
(فصل) وقوله وان أسلم اليهودي أو النصراني بعد ذلك لم يرجع اليه الولاء أبداً وذلك ان العتق
وقع في وقت يمنع ثبوت الولاء افتراق الدينين لانه لا يثبت ولاء مسلم للكافر قال الله تعالى يا أيها الذين
آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض فاذا أعتق الكافر المسلم ولم يصح ثبوت
الولاء للكافر ولا بد من الولاء لم يكن له موضع يرجع اليه الا الى جماعة المسلمين فيثبت ولاؤه لهم
لقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض

(فصل) وقوله وان أعتق اليهودي أو النصراني عبداً على دينه ثم أسلم المعتق ثم أسلم من أعتقه يرجع
اليه ولاؤه لانه قد ثبت له الولاء يوم أعتقه يريد ان النصراني ان أعتق عبده النصراني فقد ثبت له
ولاؤه لاتفاق الدينين فان أسلم أحدهما ثم مات المعتق لم يرثه المعتق لاختلاف الدينين وذلك معنى
يمنع التوارث مع النسب وكذلك مع الولاء ولو جمعهما الاسلام بعد العتق ثم مات لورثه المعتق
لا اجتماعهما في الدين ولا يمنع من ذلك افتراقهما في الدين بعد ثبوت الولاء كما لا يمنع من ذلك افتراقهما
في الدين بعد ثبوت النسب اذا كانوا مسلمين يوم التوارث فالمرامي في ثبوت الولاء يوم العتق أن
يكونا على دين واحد لا يبالى أي دين كان من ايمان أو كفر والمرامي في استحقاق الميراث ليوم الموت
ان يكونا على دين الاسلام وذلك أن الكفر لا يمنع ثبوت الولاء وانما يمنع اختلاف الدينين

(فصل) وقوله وان كان لليهودي أو النصراني ولد مسلم ورث مولى أبيه اليهودي أو النصراني
اذا أسلم المعتق قبل ان يسلم الذي أعتقه يريد ان الكافر اذا أعتق عبده الكافر ثبت له ولاؤه على
ما تقدم فاذا أسلم المعتق بعد ذلك ثم مات ولمعتقه ولد مسلم ورثه الولد المسلم لانه قد وجد حال العتق
ما يوجب ثبوت الولاء من اتفاق دين المعتق والمعتق بدليل انه لو أسلم المعتق ثم أسلم المعتق ورثه ثم
وجد يوم التوارث اتفاق دين الوارث وهو ولد المعتق ودين المورث وكان المعتق لكفره لا يرث
المعتق المسلم ولا يحجب أحداً عن ميراثه كالمات فان ولده يرث من ثبت له ولاؤه (مسألة) ولوان
اليهودي أو النصراني اتخذ أم ولد على دينه ثم أسلمت ثم أعتقها بعد الاسلام ثم ماتت ففي كتاب ابن
المواز يرثها ولده المسلم لانه كان يرجع اليه ولاؤها ان أسلم قال وكذلك مدبره ومكاتبه لعقده ذلك في
نصرانيتهما والله أعلم وأحكم

(فصل) ولو كان المعتق حين أعتق مسلماً لم يرثه المسلم من ولد النصراني واليهودي لانه ليس
اليهودي والنصراني ولاؤه فولاؤه للمسلمين يريد انه ان أعتق النصراني عبده المسلم ثم مات المعتق لم
يرثه المسلم من ولد النصراني المعتق لأن الولاء لم يثبت للنصراني على المسلم لاختلاف دينهما حين
العتق فلما لم يثبت الولاء للنصراني ثبت لجماعة المسلمين فاذا مات العبد المعتق ورثه المسلمون لأن
ولاءه لم يثبت (مسألة) واذا أعتق المسلم نصرانياً فقد قال القاضي أبو محمد الولاء مرامي فان
أسلم ثبت ولاؤه وورثه وان مات النصراني قبل ان يسلم فلا ولاء للمسلم عليه واورثه وقال الشافعي
ولاؤه ثابت وورثه والدليل على ما نقوله ان الولاء معنى يتوارث به فوجب أن يعتبر فيه اتفاق الدين
كالنسب والصرح لأن من لا يرث بالنسب لا يرث بالولاء أصل ذلك القائل عمداً والله أعلم وأحكم

✽ ثم الجزء السادس من كتاب المنتقى ✽ ويليه الجزء السابع وأوله القضاء في المكاتب ✽

﴿ فهرست الجزء السادس من كتاب المنتقى للامام الباجي رحمه الله ﴾

صحيفة

- ٧ القضاء في المنبوذ
٤ القضاء بالخاق الولد بآيه
١٦ القضاء في ميراث الولد المستلحق
١٩ القضاء في أمهات الأولاد * وفيه أبواب
٢١ الباب الأول في ماذا تصير الأمانة به أم ولد
٢٢ الباب الثاني في انه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها
٢٣ الباب الثالث في حكم ما بقي له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها
٢٤ الباب الرابع في حكم مالها في حياته
٢٥ الباب الخامس في حكمها وحكم مالها بعد موته
٢٦ القضاء في عمارة الموات وفيه أبواب
٢٧ الباب الأول في صفة الأرض التي تملك بالاحياء
٢٩ الباب الثاني في صفة المحي للأرض وحكمه
٣٠ الباب الثالث في صفة احياء الأرض
٣٠ الباب الرابع في حكم ما أحي من الأرضين ثم مات وعاد الى ما كان عليه
٣١ الباب الخامس في حكم الأرض الموات والأبوار في القسمة والبيع
٣٣ القضاء في المياه
٤٠ القضاء في المرافق
٤٨ القضاء في قسم الأموال
٦١ القضاء في الضورى والحريسة
٦٦ القضاء فمين أصاب شيئاً من البهائم
٦٨ القضاء فيما يعطى العمال
٨٠ القضاء في الجمالة والحول وفيه أبواب
٨٣ الباب الأول فيما تصح الجمالة به
٨٤ الباب الثاني في ذكر ما تصح الجمالة منه وتميزه ممن لا تصح حالته
٨٦ الباب الثالث فمين تصح الجمالة عنه وتميزه ممن لا تصح عنه
٨٦ الباب الرابع فيما للطالب من مطالبة الخيل
٨٨ الباب الخامس في رفق الطالب بالفرس أو الخيل
٨٨ الباب السادس في قضاء الحق
٩٠ القضاء فمين ابتاع ثوباً به عيب
٩٢ ما لا يجوز من النحل

- ١٠١ باب فيما يمنع الحيازة ويبطل العطية
١٠٦ باب في الذين يحاز عليهم
١٠٨ ما لا يجوز من العطية
١١٠ القضاء في الهبة وفيه أبواب
١١٠ الباب الأول فيما يجوز به للثواب وما لا يجوز وما يكون عوضا في هبة الثواب
١١١ الباب الثاني فيمن يحمل هبته على الثواب من غير شرط
١١٣ الباب الثالث في مقتضى هبة الثواب من الزوم أو الجواز
١١٣ الباب الرابع فيما تفوت به هبة الثواب وتلزم به القبة
١١٣ الباب الخامس في حكم وجود العيب بها
١١٦ الاعتصار في الصدقة
١١٩ القضاء في العمرى وفيه أبواب
١١٩ الباب الأول في معنى العمرى وألفاظها ومعنى الحبس والصدقة وما يختلف لذلك من أحكامها
١٢٢ الباب الثاني فيمن يصح التحبيس منه ومن يصح عليه وما يصح تحبيسه
١٢٣ الباب الثالث في دخول العقب مع المعطى
١٢٤ الباب الرابع في معنى العقب والبنين والولد والورثة
١٢٥ الباب الخامس في فسخة منافع العمرى والحبس
١٢٧ الباب السادس في استحقاق القسم بالولادة وانتقاله بالموت
١٢٩ الباب السابع في بيع العمرى والحبس
١٣٤ القضاء في اللقطة
١٤١ القضاء في استهلاك العبد للقطة
١٤٢ القضاء في الضوال
١٤٤ صدقة الحى عن الميت
١٤٥ الأمر بالوصية وفيه أبواب
١٤٦ باب في الموصى
١٤٩ باب في الوصية التي يلحقها التغيير
١٥٠ باب في صفة تغيير الوصية
١٥٤ جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه
١٥٥ الوصية في الثلث لا تتعدى وفيه أبواب
١٦٠ الباب الأول في التخاصص بالوصايا عند ضيق الثلث مع تساويها في التقديم
١٦٣ الباب الثاني في أخذ الموصى له ما توجب الوصية له عند ضيق الثلث في عين ما أوصى له به
١٦٦ الباب الثالث في المحاصة بالتعبير ومدته
١٦٧ الباب الرابع في تبدل بعض الوصايا على بعض
١٧٦ الوصية للوارث والحيازة

- ١٨٢ ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد وفيه بابان
- ١٨٩ الباب الأول فيمن يستحق ذلك بافتراق الدارين
- ١٨٩ الباب الثاني في المسافة التي يحصل بها حكم التفرق وكم قدر المسافة التي لا تأثير لها وتميزها من المسافة المؤثرة
- ١٩٠ العيب في السلعة وضمانها
- ١٩٢ جامع القضاء وكراهيته
- ١٩٨ ما جاء في أفساد العبيد وأوجرحوا
- ١٩٨ ما يجوز من النحل
- ١٩٩ كتاب الشفعة * ماتع فيه الشفعة
- ٢١٦ مالاتع فيه الشفعة
- ٢٢٣ كتاب الفرائض
- ٢٢٣ ميراث الصلب
- ٢٢٧ ميراث الرجل من امرأته والمرأة من زوجها
- ٢٢٧ ميراث الأب والأم من ولدهما
- ٢٢٩ ميراث الاخوة للام
- ٢٣٠ ميراث الاخوة للام والأب
- ٢٣١ ميراث الاخوة للاب
- ٢٣٢ ميراث الجد
- ٢٣٧ ميراث الجدة
- ٢٤١ ميراث الكلاله
- ٢٤٢ ما جاء في العمة
- ٢٤٣ ميراث ولاية العصة
- ٢٤٦ فصل في تصحيح المسائل
- ٢٤٨ فصل في معرفة الموافقة بالأجزاء
- ٠٠٠ فصل في الوصايا
- ٢٤٩ فصل في المناسبات
- ٠٠٠ فصل فان لم تنقسم السهام
- ٠٠٠ فصل في قسم التركات
- ٠٠٠ فصل من لا ميراث له
- ٢٥٠ ميراث أهل الملل
- ٢٥٣ من جهل أمره بالقتل أو غير ذلك
- ٢٥٤ ميراث ولد الملاحنة وولد الزنا
- ٢٥٥ كتاب العتاقة والولاء

صحيحة

- ٢٥٥ من أعتق شركاه في مملوكه
 ٢٦٣ الشرط في العتق
 ٢٦٤ من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم
 ٢٦٦ القضاء في مال العبد اذا عتق
 ٢٦٨ عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة
 ٢٧٣ ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة
 ٢٧٤ ما لا يجوز من العتق في الرقاب الواجبة
 ٢٧٧ عتق الحى عن الميت
 ٢٧٨ فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا
 ٢٨١ جراح العبد الولاء اذا أعتق
 ٢٨٤ ميراث الولاء
 ٢٨٦ ميراث السائبة وولاء من أعتق اليهودى أو النصرانى

﴿ تمت ﴾

